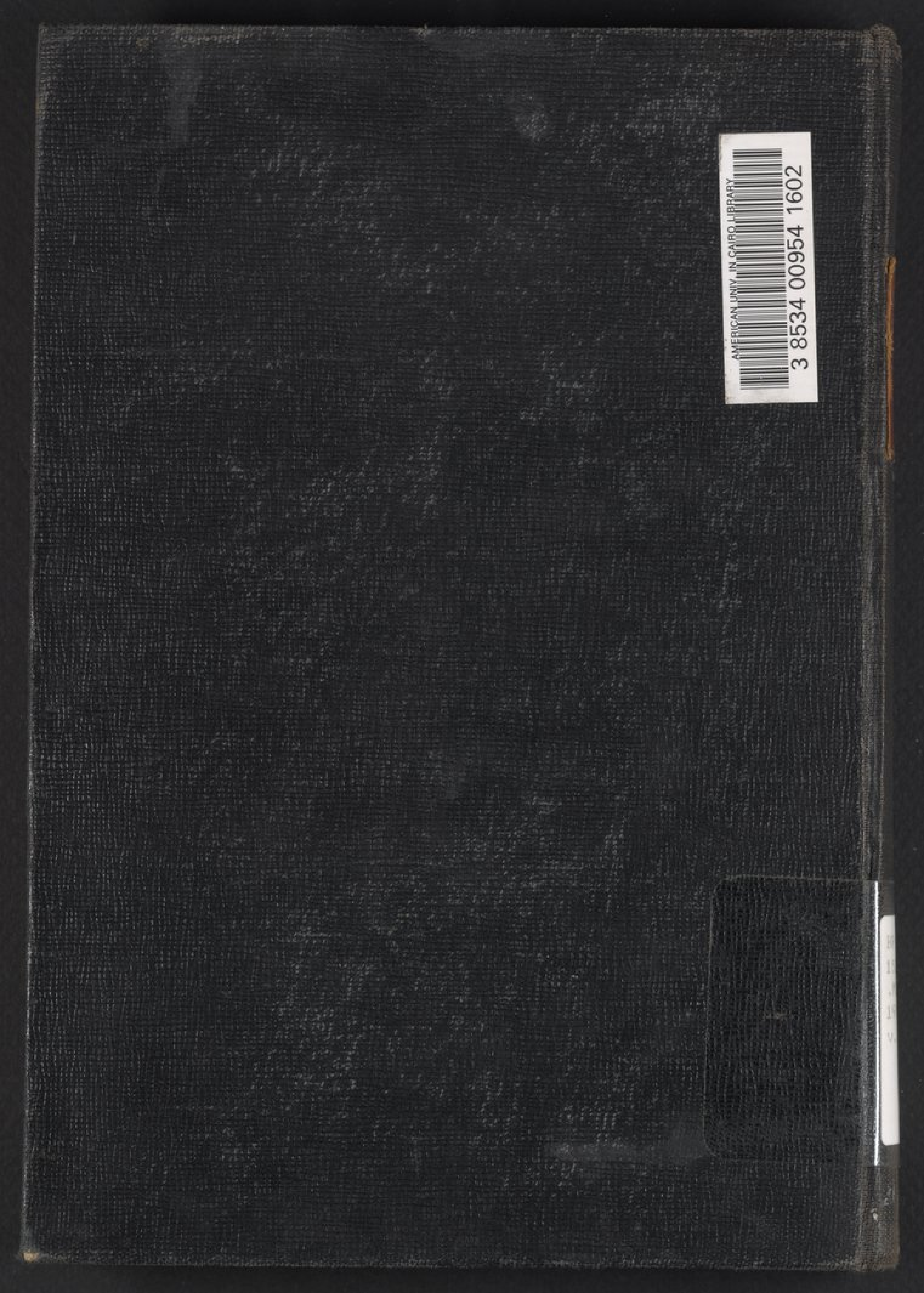
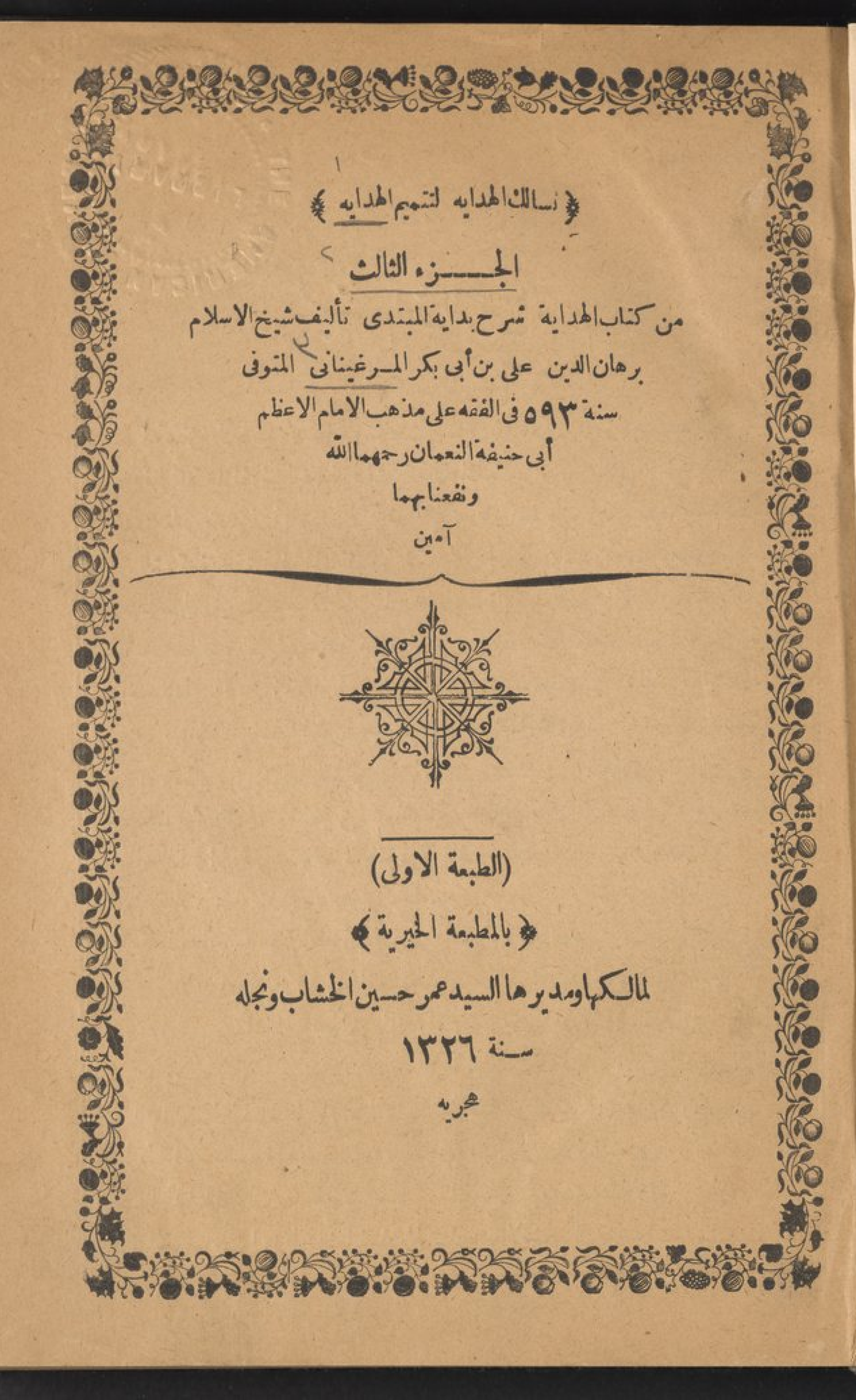

AMERICAN UNIV. IN CAIRO LIBRARY
3 8534 00954 1602



al-Marghinānī, ʿAlī ibn Abī Bakr
Kitāb al-hidāyah



﴿ نسالك الهدايه لتتميم الهدايه ﴾

الجـــزء الثالث

من كتاب الهداية شرح بداية المبتدى تأليف شيخ الاسلام
برهان الدين على بن أبى بكر المرغينانى المتوفى
سنة ٥٩٣ فى الفقه على مذهب الامام الاعظم
أبى حنيفة النعمان رحمهما الله
ونفعنا بهما
آمين

(الطبعة الاولى)

﴿ بالمطبعة الخيرية ﴾

لمالكها ومديرها السيد عمر حسين الخشاب ونجله
سنة ١٣٢٦
هجريه

بسم الله الرحمن الرحيم

﴿كتاب الشركة﴾

(الشركة جائزة) لانه صلى الله عليه وسلم بعث والناس يتعاملون بها فقررهم عليه قال (الشركة ضربان شركة املاك وشركة عقود فشركة الاملاك العين يرثها رجلان أو يشتريانها فلا يجوز لاحدهما ان يتصرف فى نصيب الآخر الا باذنه وكل واحد منهما فى نصيب صاحبه كالاجنبى) وهذه الشركة تتحقق فى غير المذكور فى الكتاب كما اذا اتهب رجلان عينا أو ملكاها بالاستيلاء أو اختلط مالهما من غير صنع أحدهما أو بخلطهما خلطا يمنع التمييز رأسا أو الا بحرج ويجوز بيع أحدهما نصيبه من شريكه فى جميع الصور ومن غير شريكه بغير اذنه الا فى صورة الخلط والاختلاط فانه لا يجوز الا باذنه وقد بينا الفرق فى كفاية المنتهى (والضرب الثانى شركة العقود وركنها الايجاب والقبول وهو أن يقول أحدهما شاركتك فى كذا وكذا ويقول الآخر قبلت) وشرطه أن يكون التصرف المعقود عليه عقد الشركة قابلا للوكالة ليكون ما يستفاد بالتصرف مشتركا بينهما فيتحقق حكمه المطلوب منه (ثم هى أربعة أوجه مفاوضة وعنان وشركة الصنائع وشركة الوجوه فاما شركة المفاوضة فهى أن يشترك الرجلان فيتساويان فى مالهما وتصرفهما ودينهما) لانها شركة عامة فى جميع التجارات يفوض كل واحد منهما أمر الشركة الى صاحبه على الاطلاق اذ هى من المساواة قال قائلهم

لا يصلح الناس فوضى لا سراة لهم ✱ ولا سراة اذا جهالهم سادوا

أى متساوين فلا بد من تحقيق المساواة ابتداء وانتهاء وذلك فى المال والمراد به ما تصح الشركة فيه ولا يعتبر التفاضل فيما لا يصح الشركة فيه وكذا فى التصرف لانه لو ملك أحدهما تصرفا لا يملكه الآخر لفات التساوى وكذلك فى الدين لما نبين ان شاء الله تعالى وهذه الشركة جائزة عندنا استحسانا وفى القياس لا تجوز وهو قول الشافعى رحمه الله وقال مالك رحمه الله لا أعرف ما المفاوضة وجه القياس أنها تضمنت الوكالة بمجهول الجنس والكفالة بمجهول وكل ذلك بانفراده فاسد وجه الاستحسان قوله عليه السلام فاوضوا

فانه

فانه اعظم للبركة وكذا الناس يعاملونها من غير نكير وبه يترك القياس والجهالة متحملة تبعا كما في المضاربة (ولا تنعقد الا بلفظة المفاوضة) لبعد شرائطها عن علم العوام حتى لو بينا جميع ما تقتضيه تجوز لان المعتبر هو المعنى قال (فتجوز بين الحرين الكبيرين مسلمين أو ذميين لتحقق التساوي وان كان أحدهما كتابيا والآخر مجوسيا تجوز أيضا) لما قلنا (ولا تجوز بين الحر والمملوك ولا بين الصبي والبالغ) لانعدام المساواة لان الحر البالغ يملك التصرف والكفالة والمملوك لا يملك واحدا منهما الا باذن المولى والصبي لا يملك الكفالة ولا يملك التصرف الا باذن الولي قال (ولا بين المسلم والكافر) وهذا قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف رحمه الله يجوز للتساوي بينهما في الوكالة والكفالة ولا معتبر بزيادة تصرف يملكه أحدهما كالمفاوضة بين الشفعوي والحنفي فانها جائزة ويتفاوتان في التصرف في متروك التسمية الا أنه يكره لان الذمي لا يهتدي الى الجائز من العقود ولهما أنه لا تساوي في التصرف فان الذمي لو اشترى برأس المال خمورا أو خنازير صح ولو اشتراها مسلم لا يصح (ولا يجوز بين العبدين ولا بين الصبيين ولا بين المكاتبين) لانعدام صحة الكفالة وفي كل موضع لم تصح المفاوضة لفقد شرطها ولا يشترط ذلك في العنان كان عنانا لاستجماع شرائط العنان اذ هو قد يكون خاصا وقد يكون عاما قال (وتنعقد على الوكالة والكفالة) أما الوكالة فلتحقق المقصود وهو الشركة في المال على ما بيناه وأما الكفالة لتحقق المساواة فيما هو من مواجب التجارات وهو توجه المطالبة نحوهما جميعا قال (وما يشتريه كل واحد منهما يكون على الشركة الا طعام أهله وكسوتهم) وكذا كسوته وكذا الادام لان مقتضى العقد المساواة وكل واحد منهما قائم مقام صاحبه في التصرف وكان شراء أحدهما كشرائهما الا ما استثناه في الكتاب وهو استحسان لانه مستثنى عن المفاوضة للضرورة فان الحاجة الراتبة معلومة الوقوع ولا يمكن ايجابه على صاحبه ولا التصرف من ماله ولا بد من الشراء فيختص به ضرورة والقياس أن يكون على الشركة لما بينا (وللبائع أن يأخذ بالثمن أيهما شاء) المشتري بالاصالة وصاحبه بالكفالة ويرجع الكفيل على المشتري بحصته مما ادى لانه قضى دينا عليه من مال مشترك بينهما قال (وما يلزم كل واحد منهما من الديون بدلا عما يصح فيه الاشتراك فالآخر ضامن له) تحقيقا للمساواة فمما يصح فيه الاشتراك الشراء والبيع والاستئجار ومن القسم الآخر الجناية والنكاح والخلع والصلح عن دم العمد وعن النفقة قال (ولو كفل أحدهما بمال عن أجنبي لزم صاحبه عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا لا يلزمه) لانه تبرع ولهذا لا يصح من الصبي والعبد المأذون والمكاتب ولو صدر من المريض يصح من الثلث وصار كالاقراض والكفالة بالنفس ولابي حنيفة رحمه الله

انه تبرع ابتداء ومعاوضة بقاء لانه يستوجب الضمان بما يؤدى على المكفول عنه اذا كانت الكفالة بامره فبالنظر الى البقاء تتضمنه المفاوضة وبالنظر الى الابتداء لم تصح ممن ذكره و يصح من الثلث من المريض بخلاف الكفالة بالنفس لانه تبرع ابتداء وانتهاء وأما الاقراض فعن أبى حنيفة رحمه الله أنه يلزم صاحبه ولو سلم فهو اعارة فيكون لمثلها حكم عينها لا حكم البدل حتى لا يصح فيه الاجل فلا يتحقق معاوضة ولو كانت الكفالة بغير أمره لم تلزم صاحبه فى الصحيح لانعدام معنى المفاوضة ومطلق الجواب فى الكتاب محمول على المقيد وضمان الغصب والاستهلاك بمنزلة الكفالة عند أبى حنيفة رحمه الله لانه معاوضة انتهاء قال (فان ورث أحدهما مالا يصح فيه الشركة أو وهب له و وصل الى يده بطلت المفاوضة وصارت عنانا) لفوات المساواة فيما يصلح رأس المال اذ هى شرط فيه ابتداء و بقاء وهذا لان الآخر لا يشاركه فيما أصابه لانعدام السبب فى حقه الا أنها تنقلب عنانا للامكان فان المساواة ليست بشرط فيه ولدوامه حكم الابتداء لكونه غير لازم (فان ورث أحدهما عرضا فهو له ولا تفسد المفاوضة) وكذا العقار لانه لا تصح فيه الشركة فلا تشترط المساواة فيه ﴿فصل﴾ (ولا تنعقد الشركة الا بالدراهم والدنانير والفلوس النافقة) وقال مالك رحمه الله تجوز بالعروض والمكيل والموزون أيضا اذا كان الجنس واحدا لانها عقدت على رأس مال معلوم فاشبه النقود بخلاف المضاربة لان القياس يأباها لما فيها من ربح ما لم يضمن فيقتصر على مورد الشرع ولنا أنه يؤدى الى ربح ما لم يضمن لانه اذا باع كل واحد منهما رأس ماله وتفاضل الثمنان فما يستحقه أحدهما من الزيادة فى مال صاحبه ربح ما لم يملك وما لم يضمن بخلاف الدراهم والدنانير لان ثمن ما يشتريه فى ذمته اذ هى لا تتعين فكان ربح ما يضمن ولان أول التصرف فى العروض البيع وفى النقود الشراء و بيع أحدهما ماله على أن يكون الآخر شريكا فى ثمنه لا يجوز وشراء أحدهما شيأ بماله على أن يكون المبيع بينه و بين غيره جائز وأما الفلوس النافقة فلانها تروج رواج الاثمان فالتحقت بها قالوا هذا قول محمد رحمه الله لانها ملحقة بالنقود عنده حتى لا تتعين بالتعيين ولا يجوز بيع اثنين بواحد باعيانها على ما عرف أما عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله لا تجوز الشركة والمضاربة بها لان ثمنيتها تتبدل ساعة فساعة وتصير سلعا و يروى عن أبى يوسف رحمه الله مثل قول محمد رحمه الله والاول اقيس وأظهر وعن أبى حنيفة رحمه الله صحة المضاربة بها قال (ولا تجوز الشركة بما سوى ذلك الا أن يتعامل الناس بالتبر) والنقرة فتصح الشركة بهما هكذا ذكر فى الكتاب (وفى الجامع الصغير ولا تكون المفاوضة بمثاقيل ذهب أو فضة) ومراده التبر فعلى هذه الرواية التبر سلعة تتعين

بالتعيين

بالتعيين فلا تصلح رأس المال في المضاربات والشركات وذكر في كتاب الصرف ان النقرة
لا تتعين حتى لا ينفسخ العقد بهلاكه قبل التسليم فعلى تلك الرواية تصلح رأس المال فيهما
وهذا لما عرف انهما خلقتا ثمنين في الاصل الا ان الاول أصح لانها وان خلقت للتجارة في الاصل
لكن الثمنية تختص بالضرب المخصوص لان عند ذلك لا تصرف الى شئ آخر ظاهرا الا ان
يجري التعامل باستعمالهما ثمنا فينزل التعامل بمنزلة الضرب فيكون ثمنا ويصلح رأس المال
ثم قوله ولا يجوز بما سوى ذلك يتناول المكيل والموزون والعددي المتقارب ولا خلاف فيه بيننا
قبل الخلط ولكل واحد منهما ربح متاعه وعليه وضيعته وان خلطا ثم اشتركا فكذلك في قول
أبي يوسف رحمه الله والشركة شركة ملك لا شركة عقد وعند محمد رحمه الله تصح شركة
العقد وثمرة الاختلاف تظهر عند التساوي في المالين واشتراط التفاضل في الربح فظاهر الرواية
ما قاله أبو يوسف رحمه الله لانه يتعين بالتعيين بعد الخلط كما يتعين قبله ولمحمد رحمه الله انها ثمن من
وجه حتى جاز البيع بها دينا في الذمة ومبيع من حيث انه يتعين بالتعيين فعملنا بالشبهين
بالاضافة الى الحالين بخلاف العروض لانها ليست ثمنا بحال ولو اختلفا جنسا كالحنطة والشعير
والزيت والسمن فخلطا لا تنعقد الشركة بها بالاتفاق والفرق لمحمد رحمه الله ان المخلوط من جنس
واحد من ذوات الامثال ومن جنسين من ذوات القيم فتتمكن الجهالة كما في العروض واذا لم
تصح الشركة فحكم الخلط قد بيناه في كتاب القضاء قال (واذا أراد الشركة بالعروض باع كل
واحد منهما نصف ماله بنصف مال الآخر ثم عقدا الشركة) قال رضي الله عنه (وهذه شركة
ملك) لما بينا ان العروض لا تصلح رأس مال الشركة وتأويله اذا كان قيمة متاعهما على
السواء ولو كان بينهما تفاوت يبيع صاحب الاقل بقدر ما تثبت به الشركة قال (واما شركة
العنان فتنعقد على الوكالة دون الكفالة وهي ان يشترك اثنان في نوع بر او طعام أو يشتركان في
عموم التجارات ولا يذكران الكفالة وانعقاده على الوكالة لتحقق مقصوده كما بيناه ولا تنعقد
على الكفالة لان اللفظ مشتق من الاعراض يقال عن له أي عرض وهذا لا ينبئ عن الكفالة
وحكم التصرف لا يثبت بخلاف مقتضى اللفظ (ويصح التفاضل في المال) للحاجة اليه
وليس من قضية اللفظ المساواة (ويصح ان يتساويا في المال ويتفاضلا في الربح) وقال زفر
والشافعي رحمهما الله لا يجوز لان التفاضل فيه يؤدي الى ربح ما لم يضمن فان المال اذا كان نصفين
والربح أثلاثا فصاحب الزيادة يستحقها بلا ضمان اذ الضمان بقدر رأس المال ولان الشركة
عندهما في الربح للشركة في الاصل ولهذا يشترطان الخلط فصار الربح بمنزلة نماء الاعيان
فيستحق بقدر الملك في الاصل ولنا قوله صلى الله عليه وآله وسلم الربح على ما شرطا والوضيعة على

قدر المالين ولم يفصل ولان الربح كما يستحق بالمال يستحق بالعمل كما فى المضاربة وقد يكون احدهما احذق واهدى واكثر عملا واقوى فلا يرضى بالمساواة فمست الحاجة الى التفاضل بخلاف اشتراط جميع الربح لاحدهما لانه يخرج العقد به من الشركة ومن المضاربة أيضا الى قرض باشتراطه للعامل أو الى بضاعة باشتراطه لرب المال وهذا العقد يشبه المضاربة من حيث انه يعمل فى مال الشريك ويشبه الشركة اسما وعملا فانهما يعملان فعملنا بشبه المضاربة وقلنا يصح اشتراط الربح من غير ضمان وبشبه الشركة حتى لا تبطل باشتراط العمل عليهما قال (ويجوز ان يعقدها كل واحد منهما ببعض ماله دون البعض) لان المساواة فى المال ليست بشرط فيه اذ اللفظ لا يقتضيه (ولا يصح الا بما بينا) ان المفاوضة تصح به للوجه الذى ذكرناه (ويجوز ان يشتركا ومن جهة أحدهما دنانير ومن الآخر دراهم وكذا من أحدهما دراهم بيض ومن الآخر سود) وقال زفر والشافعى رحمهما الله لا يجوز وهذا بناء على اشتراط الخلط وعدمه فان عندهما شرط ولا يتحقق ذلك فى مختلفى الجنس وسنبينه من بعد ان شاء الله تعالى قال (وما اشتراه كل واحد منهما للشركة طولب بثمنه دون الآخر) لما بينا انه يتضمن الوكالة دون الكفالة والوكيل هو الاصل فى الحقوق قال (ثم يرجع على شريكه بحصته منه) معناه اذا أدى من مال نفسه لانه وكيل من جهته فى حصته فاذا نقد من مال نفسه رجع عليه فان كان لا يعرف ذلك الا بقوله فعليه الحجة لانه يدعى وجوب المال فى ذمة الآخر وهو ينكر والقول للمنكر مع يمينه قال (واذا هلك مال الشركة أو أحد المالين قبل ان يشتريا شيأ بطلت الشركة) لان المعقود عليه فى عقد الشركة المال فانه يتعين فيه كما فى الهبة والوصية وبهلاك المعقود عليه يبطل العقد كما فى البيع بخلاف المضاربة والوكالة المفردة لانه لا يتعين الثمنان فيهما بالتعيين وانما يتعينان بالقبض على ما عرف وهذا ظاهر فيما اذا هلك المالان وكذا اذا هلك أحدهما لانه ما رضى بشركة صاحبه فى ماله الا ليشركه فى ماله فاذا فات ذلك لم يكن راضيا بشركته فيبطل العقد لعدم فائدته وايهما هلك هلك من مال صاحبه ان هلك فى يده فظاهر وكذا اذا كان هلك فى يد الآخر لانه امانة فى يده بخلاف ما بعد الخلط حيث يهلك على الشركة لانه لا يتميز فيجعل الهالك من المالين (وان اشترى أحدهما بماله وهلك مال الآخر قبل الشراء فالمشترى بينهما على ما شرطا) لان الملك حين وقع وقع مشتركا بينهما لقيام الشركة وقت الشراء فلا يتغير الحكم بهلاك مال الآخر بعد ذلك ثم الشركة شركة عقد عند محمد رحمه الله خلافا للحسن بن زياد حتى ان ايهما باع جاز بيعه لان الشركة قد تمت فى المشترى فلا ينتقض بهلاك المال بعد تمامها قال (ويرجع على شريكه بحصته من ثمنه) لانه اشترى نصفه بوكالته ونقد

الثمن من مال نفسه وقد بيناه هذا اذا اشترى أحدهما باحد المالين أولا ثم هلك مال الآخر
اما اذا هلك مال أحدهما ثم اشترى الآخر بمال الآخر ان صرحا بالوكالة فى عقد الشركة
فالمشترى مشترك بينهما على ماشرطا لان الشركة ان بطلت فالوكالة المصرح بها قائمة فكان
مشتركا بحكم الوكالة ويكون شركة ملك ويرجع على شريكه بحصته من الثمن لما بيناه وان
ذكرا مجرد الشركة ولم ينصا على الوكالة فيها كان المشترى للذى اشتراه خاصة لان الوقوع على
الشركة حكم الوكالة التى تضمنتها الشركة فاذا بطلت يبطل ما فى ضمنها بخلاف ما اذا صرح
بالوكالة لانها مقصودة قال (وتجوز الشركة وان لم يخلطا المال) وقال زفر والشافعى رحمهما
الله لا تجوز لان الربح فرع المال ولا يقع الفرع على الشركة الا بعد الشركة فى الاصل وانه
بالخلط وهذا لان المحل هو المال ولهذا يضاف اليه ويشترط تعيين رأس المال بخلاف المضاربة
لانها ليست بشركة وانما هو يعمل لرب المال فيستحق الربح عمالة على عمله اما هنا بخلافه
وهذا أصل كبير لهما حتى يعتبر اتحاد الجنس ويشترط الخلط ولا يجوز التفاضل فى الربح مع
التساوى فى المال ولا تجوز شركة التقبل والاعمال لانعدام المال ولنا ان الشركة فى الربح
مستندة الى العقد دون المال لان العقد يسمى شركة فلا بد من تحقق معنى هذا الاسم فيه فلم
يكن الخلط شرطا ولان الدراهم والدنانير لا يتعينان فلا يستفاد الربح برأس المال وانما يستفاد
بالتصرف لانه فى النصف أصيل وفى النصف وكيل واذا تحققت الشركة فى التصرف بدون
الخلط تحققت فى المستفاد به وهو الربح بدونه وصار كالمضاربة فلا يشترط اتحاد الجنس
والتساوى فى الربح وتصح شركة التقبل قال (ولا تجوز الشركة اذا شرط لاحدهما دراهم
مسماة من الربح) لانه شرط يوجب انقطاع الشركة فعساه لا يخرج الا قدر المسمى لاحدهما
ونظيره فى المزارعة قال (ولكل واحد من المتفاوضين وشريكى العنان ان يبضع المال) لانه معتاد
فى عقد الشركة ولان له ان يستأجر على العمل والتحصيل بغير عوض دونه فيملكه وكذا له ان
يودعه لانه معتاد ولا يجد التاجر منه بدا قال (ويدفعه مضاربة) لانها دون الشركة فتتضمنها
وعن أبى حنيفة رحمه الله انه ليس له ذلك لانه نوع شركة والاصح هو الاول وهو رواية الاصل لان
الشركة غير مقصودة وانما المقصود تحصيل الربح كما اذا استأجره باجر بل أولى لانه تحصيل
بدون ضمان فى ذمته بخلاف الشركة حيث لا يملكها لان الشئ لا يستتبع مثله قال (ويوكل من
يتصرف فيه) لان التوكيل بالبيع والشراء من توابع التجارة والشركة انعقدت للتجارة
بخلاف الوكيل بالشراء حيث لا يملك ان يوكل غيره لانه عقد خاص وطلب منه تحصيل العين
فلا يستتبع مثله قال (ويده فى المال يد أمانة) لانه قبض المال باذن المالك لا على وجه البدل

والوثيقة فصار كالوديعة قال (واما شركة الصنائع) وتسمى شركة التقبل (كالخياطين والصباغين يشتركان على ان يتقبلا الاعمال ويكون الكسب بينهما فيجوز ذلك) وهذا عندنا وقال زفر والشافعي رحمهما الله لا يجوز لان هذه شركة لا تفيد مقصودها وهو التثمير لانه لا بد من رأس المال وهذا لان الشركة فى الربح تبتنى على الشركة فى المال على أصلهما على ماقررناه ولنا أن المقصود منه التحصيل وهو ممكن بالتوكيل لانه لما كان وكيلا فى النصف أصيلا فى النصف تحققت الشركة فى المال المستفاد ولا يشترط فيه اتحاد العمل والمكان خلافا لمالك وزفر رحمهما الله فيهما لان المعنى المجوز للشركة وهو ماذكرناه لا يتفاوت (ولو شرطا العمل نصفين والمال أثلاثا جاز) وفى القياس لا يجوز لان الضمان بقدر العمل فالزيادة عليه ربح مالم يضمن فلم يجز العقد لتأديته اليه وصار كشركة الوجوه ولكنا نقول ما يأخذه لا يأخذه ربحا لان الربح عند اتحاد الجنس وقد اختلف لان رأس المال عمل والربح مال فكان بدل العمل والعمل يتقوم بالتقويم فيتقدر بقدر ما قوم به فلا يحرم بخلاف شركة الوجوه لان جنس المال متفق والربح يتحقق فى الجنس المتفق وربح مالم يضمن لا يجوز الا فى المضاربة قال (وما يتقبله كل واحد منهما من العمل يلزمه ويلزم شريكه) حتى ان كل واحد منهما يطالب بالعمل ويطالب بالاجر (ويبرأ الدافع بالدفع اليه) وهذا ظاهر فى المفاوضة وفى غيرها استحسان والقياس خلاف ذلك لان الشركة وقعت مطلقة والكفالة مقتضى المفاوضة وجه الاستحسان ان هذه الشركة مقتضية للضمان الا ترى ان ما يتقبله كل واحد منهما من العمل مضمون على الآخر ولهذا يستحق الاجر بسبب نفاذ تقبله عليه فجرى مجرى المفاوضة فى ضمان الضمان واقتضاء البدل قال (وأما شركة الوجوه فالرجلان يشتركان ولا مال لهما على أن يشتريا بوجوههما ويبيعا فتصح الشركة على هذا) سميت به لانه لا يشترى بالنسيئة الا من كان له وجاهة عند الناس وانما تصح مفاوضة لانه يمكن تحقيق الكفالة والوكالة فى الابدال واذا أطلقت تكون عنانا لان مطلقه ينصرف اليه وهى جائزة عندنا خلافا للشافعي والوجه من الجانبين ماقدمناه فى شركة التقبل قال (وكل واحد منهما وكيل الآخر فيما يشتريه) لان التصرف على الغير لا يجوز الا بوكالة أو بولاية ولا ولاية فتتعين الوكالة (فان شرطا أن المشترى بينهما نصفان والربح كذلك يجوز ولا يجوز ان يتفاضلا فيه وان شرطا أن يكون المشترى بينهما أثلاثا فالربح كذلك) وهذا لان الربح لا يستحق الا بالمال أو العمل أو بالضمان فرب المال يستحقه بالمال والمضارب يستحقه بالعمل والاستاذ الذى يلقى العمل على التلميذ بالنصف بالضمان ولا يستحق بما سواها الا ترى أن من قال لغيره تصرف فى مالك على أن لى ربحه لم يجز لعدم هذه المعانى واستحقاق الربح فى شركة الوجوه بالضمان على

مابيناوالضمان على قدر الملك فى المشترى وكان الربح الزائد عليه ربح مالم يضمن فلا يصح اشتراطه الافى المضاربة والوجوه ليست فى معناها بخلاف العنان لانه فى معناها من حيث ان كل واحد منهما يعمل فى مال صاحبه فيلحق بها والله أعلم

﴿ فصل ﴾ فى الشركة الفاسدة (ولا تجوز الشركة فى الاحتطاب والاصطياد وما اصطاده كل واحد منهما أو احتطبه فهو له دون صاحبه) وعلى هذا الاشتراك فى أخذ كل شئ مباح لان الشركة متضمنة معنى الوكالة والتوكيل فى أخذ المال المباح باطل لان أمر الموكل به غير صحيح والوكيل يملكه بدون أمره فلا يصلح نائبا عنه وانما يثبت الملك لهما بالاخذ واحراز المباح فان أخذاه معا فهو بينهما نصفان لاستوائهما فى سبب الاستحقاق وان أخذه أحدهما ولم يعمل الآخر شيأ فهو للعامل وان عمل أحدهما وأعانه الآخر فى عمله بان قلعه أحدهما وجمعه الآخر أو قلعه وجمعه وحمله الآخر فللمعين اجر المثل بالغا مابلغ عند محمد وعند أبى يوسف لا يجاوز به نصف ثمن ذلك وقد عرف فى موضعه قال (واذا اشتركا ولاحدهما بغل وللآخر راوية يستقى عليها الماء فالكسب بينهما لم تصح الشركة والكسب كله للذى استقى وعليه أجر مثل الراوية ان كان العامل صاحب البغل وان كان صاحب الراوية فعليه أجر مثل البغل) أما فساد الشركة فلانعقادها على احراز المباح وهو الماء وأما وجوب الاجر فلان المباح اذا صار ملكا للمحرز وهو المستقى وقد استوفى منافع ملك الغير وهو البغل أو الراوية بعقد فاسد فيلزمه أجره (وكل شركة فاسدة فالربح فيها على قدر المال ويبطل شرط التفاضل) لان الربح فيها تابع للمال فيتقدر بقدره كما أن الريع تابع للبذر فى المزارعة والزيادة انما تستحق بالتسمية وقد فسدت فبقى الاستحقاق على قدر رأس المال (واذا مات أحد الشريكين أو ارتد ولحق بدار الحرب بطلت الشركة) لانها تتضمن الوكالة ولا بد منها لتتحقق الشركة على مامر والوكالة تبطل بالموت وكذا بالالتحاق مرتدا اذا قضى القاضى بلحاقه لانه بمنزلة الموت على مابيناه من قبل ولا فرق بينما اذا علم الشريك بموت صاحبه أولم يعلم لانه عزل حكمى واذا بطلت الوكالة بطلت الشركة بخلاف مااذا فسخ أحد الشريكين الشركة ومال الشركة دراهم ودنانير حيث يتوقف على علم الآخر لانه عزل قصدى والله أعلم

(فصل * وليس لاحد الشريكين أن يؤدى زكاة مال الآخر الا باذنه) لانه ليس من جنس التجارة (فان أذن كل واحد منهما لصاحبه أن يؤدى زكاته فان أدى كل واحد منهما فالثانى ضامن علم باداء الاول أو لم يعلم) وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله وقالا لا يضمن اذا لم يعلم وهذا اذا أديا على التعاقب أما اذا أديا معا ضمن كل واحد منهما نصيب صاحبه وعلى هذا الاختلاف

المامور باداء الزكاة اذا تصدق على الفقير بعد ما ادى الآمر بنفسه لهما انه مأمور بالتمليك من الفقير وقد أتى به فلا يضمن للموكل وهذا لان في وسعه التمليك لا وقوعه زكاة لتعلقه بنية الموكل وانما يطلب منه ما في وسعه وصار كالمامور بذبح دم الاحصار اذا ذبح بعد ما زال الاحصار وحج الآمر لم يضمن المأمور علم أو لا ولابي حنيفة رحمه الله انه مأمور باداء الزكاة والمؤدى لم يقع زكاة فصار مخالفا وهذا لان المقصود من الامر اخراج نفسه عن عهدة الواجب لان الظاهر انه لا يلتزم الضرر الا لدفع الضرر وهذا المقصود حصل باداته وعرى اداء المأمور عنه فصار معزولا علم أو لم يعلم لانه عزل حكمي وأما دم الاحصار فقد قيل هو على هذا الاختلاف وقيل بينهما فرق ووجهه ان الدم ليس بواجب عليه فانه يمكنه ان يصبر حتى يزول الاحصار وفي مسئلتنا الاداء واجب فاعتبر الاسقاط مقصودا فيه دون دم الاحصار قال (واذا اذن أحد المتفاوضين لصاحبه أن يشترى جارية فيطأها ففعل فهي له بغير شيء عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا يرجع عليه بنصف الثمن) لانه ادى دينا عليه خاصة من مال مشترك فيرجع عليه صاحبه بنصيبه كما في شراء الطعام والكسوة (وهذا) لان الملك واقع له خاصة والثمن بمقابلة الملك وله ان الجارية دخلت في الشركة على البتات جريا على مقتضى الشركة اذ هما لا يملكان تغييره فاشبه حال عدم الاذن غير ان الاذن يتضمن هبة نصيبه منه لان الوطء لا يحل الا بالملك ولا وجه الى اثباته بالبيع لما بينا انه يخالف مقتضى الشركة فاثبتناه بالهبة الثابتة في ضمن الاذن بخلاف الطعام والكسوة لان ذلك مستثنى عنها للضرورة فيقع الملك له خاصة بنفس العقد فكان مؤديا دينا عليه من مال الشركة وفي مسئلتنا قضى دينا عليهما لما بينا (وللبائع أن يأخذ بالثمن ايهما شاء بالاتفاق) لانه دين وجب بسبب التجارة والمفاوضة تضمنت الكفالة فصار كالطعام والكسوة

﴿كتاب الوقف﴾

(قال أبو حنيفة رحمه الله لا يزول ملك الواقف عن الوقف الا أن يحكم به الحاكم أو يعلقه بموته فيقول اذا مت فقد وقفت داري على كذا وقال أبو يوسف يزول ملكه بمجرد القول وقال محمد لا يزول حتى يجعل للوقف وليا ويسلمه اليه) قال رضي الله عنه الوقف لغة هو الحبس تقول وقفت الدابة واوقفتها بمعنى وهو في الشرع عند أبي حنيفة رحمه الله حبس العين على ملك الواقف والتصدق بالمنفعة بمنزلة العارية ثم قيل المنفعة معدومة فالتصدق بالمعدوم لا يصح فلا يجوز الوقف أصلا عنده وهو الملفوظ في الاصل والاصح انه جائز عنده الا انه غير لازم بمنزلة العارية وعندهما حبس العين على حكم ملك الله تعالى فيزول ملك الواقف عنه الى الله تعالى على وجه تعود منفعته الى العباد فيلزم ولا يباع ولا يوهب ولا يورث واللفظ ينتظمهما والترجيح بالدليل لهما

قول النبى لعمر حين اراد ان يتصدق بارض له تدعى ثمغ تصدق باصلها لا يباع ولا يورث ولا يوهب ولان الحاجة ماسة الى ان يلزم الوقف منه ليصل ثوابه اليه على الدوام وقد أمكن دفع حاجته باسقاط الملك وجعله لله تعالى اذ له نظير فى الشرع وهو المسجد فيجعل كذلك ولابى حنيفة رحمه الله قوله عليه السلام لا حبس عن فرائض الله تعالى وعن شريح جاء محمد عليه السلام ببيع الحبس ولان الملك باق فيه بدليل أنه يجوز الانتفاع به زراعة وسكنى وغير ذلك والملك فيه للواقف ألا ترى ان له ولاية التصرف فيه بصرف غلاته الى مصارفها ونصب القوام فيها الا أنه يتصدق بمنافعه فصار شبيه العارية ولانه يحتاج الى التصدق بالغلة دائما ولا تصدق عنه الا بالبقاء على ملكه ولانه لا يمكن ان يزال ملكه لا الى مالك لانه غير مشروع مع بقائه كالسائبة بخلاف الاعتاق لانه اتلاف وبخلاف المسجد لانه جعل خالصا لله تعالى ولهذا لا يجوز الانتفاع به وههنا لم ينقطع حق العبد عنه فلم يصر خالصا لله تعالى قال رضى الله عنه قال فى الكتاب لا يزول ملك الواقف الا أن يحكم به الحاكم أو يعلقه بموته وهذا فى حكم الحاكم صحيح لانه قضاء فى مجتهد فيه اما فى تعليقه بالموت فالصحيح انه لا يزول ملكه الا انه تصدق بمنافعه مؤبدا فيصير بمنزلة الوصية بالمنافع مؤبدا فيلزم والمراد بالحاكم المولى فاما المحكم ففيه اختلاف المشايخ ولو وقف فى مرض موته قال الطحاوى هو بمنزلة الوصية بعد الموت والصحيح انه لا يلزمه عند أبى حنيفة رحمه الله وعندهما يلزمه الا أنه يعتبر من الثلث والوقف فى الصحة من جميع المال واذا كان الملك يزول عندهما يزول بالقول عند أبى يوسف وهو قول الشافعى بمنزلة الاعتاق لانه اسقاط الملك وعند محمد رحمه الله لا بد من التسليم الى المتولى لانه حق الله تعالى وانما يثبت فيه فى ضمن التسليم الى العبد لان التمليك من الله تعالى وهو مالك الاشياء لا يتحقق مقصودا وقد يكون تبعا لغيره فيأخذ حكمه فينزل منزلة الزكاة والصدقة قال (واذا صح الوقف على اختلافهم) وفى بعض النسخ واذا استحق مكان قوله واذا صح (خرج من ملك الواقف ولم يدخل فى ملك الموقوف عليه) لانه لو دخل فى ملك الموقوف عليه لا يتوقف عليه بل ينفذ بيعه كسائر أملاكه ولانه لو ملكه لما انتقل عنه بشرط المالك الاول كسائر أملاكه قال رضى الله عنه قوله خرج عن ملك الواقف يجب أن يكون قولهما على الوجه الذى سبق تقريره قال (و وقف المشاع جائز عند أبى يوسف) لان القسمة من تمام القبض والقبض عنده ليس بشرط فكذا تتمته (وقال محمد رحمه الله لا يجوز) لان أصل القبض عنده شرط فكذا ما يتم به وهذا فيما يحتمل القسمة واما فيما لا يحتمل القسمة فيجوز مع الشيوع عند محمد رحمه الله أيضا لانه يعتبره بالهبة والصدقة المنفذة الا فى المسجد والمقبرة فانه لا يتم مع الشيوع فيما لا يحتمل أيضا عند أبى

يوسف لان بقاء الشركة يمنع الخلوص لله تعالى ولان المهاياة فيهما فى غاية القبح بان يقبر فيه الموتى سنة و يزرع سنة و يصلى فيه فى وقت و يتخذ اصطبلا فى وقت بخلاف لوقف لامكان الاستغلال وقسمة الغلة ولو وقف الكل ثم استحق جزء منه بطل فى الباقى عند محمد رحمه الله لان الشيوع مقارن كما فى الهبة بخلاف ما اذا رجع الواهب فى البعض أو رجع الوارث فى الثلثين بعد موت المريض وقد وهبه أو وقفه فى مرضه وفى المال ضيق لان الشيوع فى ذلك طارئ ولو استحق جزء مميز بعينه لم يبطل فى الباقى لعدم الشيوع ولهذا جاز فى الابتداء وعلى هذا الهبة والصدقة المملوكة قال (ولا يتم الوقف عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله حتى يجعل آخره بجهة لا تنقطع ابدا وقال أبو يوسف رحمه الله اذا سمى فيه جهة تنقطع جاز وصار بعدها للفقراء وان لم يسمهم) لهما ان موجب الوقف زوال الملك بدون التمليك وانه يتأبد كالعتق فاذا كانت الجهة يتوهم انقطاعها لا يتوفر عليه مقتضاه فلهذا كان التوقيت مبطلا له كالتوقيت فى البيع ولابى يوسف رحمه الله ان المقصود هو التقرب الى الله تعالى وهو موفر عليه لان التقرب تارة يكون فى الصرف الى جهة تنقطع ومرة بالصرف الى جهة تتأبد فيصح فى الوجهين وقيل ان التأبيد شرط بالاجماع الا ان عند أبى يوسف رحمه الله لا يشترط ذكر التأبيد لان لفظة الوقف والصدقة منبئة عنه لما بينا انه ازالة الملك بدون التمليك كالعتق ولهذا قال فى الكتاب فى بيان قوله وصار بعدها للفقراء وان لم يسمهم وهذا هو الصحيح وعند محمد رحمه الله ذكر التأبيد شرط لان هذا صدقة بالمنفعة أو بالغلة وذلك قد يكون موقتا وقد يكون مؤبدا فمطلقه لا ينصرف الى التأبيد فلا بد من التنصيص قال (ويجوز وقف العقار) لان جماعة من الصحابة رضوان الله عليهم وقفوه (ولا يجوز وقف ما ينقل ويحول) قال رضى الله عنه وهذا على الارسال قول أبى حنيفة رحمه الله (وقال أبو يوسف اذا وقف ضيعة ببقرها واكرتها وهم عبيده جاز) وكذا سائر آلات الحراثة لانه تبع للارض فى تحصيل ما هو المقصود وقد يثبت من الحكم تبعا ما لا يثبت مقصودا كالشرب فى البيع والبناء فى الوقف ومحمد رحمه الله معه فيه لانه لما جاز افراد بعض المنقول بالوقف عنده فلان يجوز الوقف فيه تبعا اولى (وقال محمد رحمه الله يجوز حبس الكراع والسلاح) معناه وقفه فى سبيل الله وأبو يوسف معه فيه على ما قالوا وهو استحسان والقياس ان لا يجوز لما بيناه من قبل وجه الاستحسان الآثار المشهورة فيه منها قوله عليه السلام وأما خالد فقد حبس ادرعا وافراسا له فى سبيل الله تعالى وطلحة رضى الله عنه حبس دروعه فى سبيل الله تعالى ويروى واكراعه والكراع الخيل ويدخل فى حكمه الابل لان العرب يجاهدون عليها وكذا السلاح يحمل عليها وعن محمد رحمه الله انه يجوز وقف ما فيه تعامل من المنقولات كالفاس والمر

والقدوم

والقدوم والمنشار والجنازة وثيابها والقدور والمراجل والمصاحف وعند أبي يوسف لا يجوز لان القياس انما يترك بالنص والنص ورد فى الكراع والسلاح فيقتصر عليه ومحمد رحمه الله يقول القياس قد يترك بالتعامل كما فى الاستصناع وقد وجد التعامل فى هذه الاشياء وعن نصير بن يحيى انه وقف كتبه الحافظا بالمصاحف وهذا صحيح لان كل واحد يمسك للدين تعليما وتعلما وقراءة وا كثر فقهاء الامصار على قول محمد رحمه الله ومالا تعامل فيه لا يجوز عندنا وقفه وقال الشافعى رحمه الله كل ما يمكن الانتفاع به مع بقاء أصله ويجوز بيعه يجوز وقفه لانه يمكن الانتفاع به فاشبه العقار والكراع والسلاح ولنا ان الوقف فيه لا يتأبد ولا منه على ما بيناه فصار كالدراهم والدنانير بخلاف العقار ولا معارض من حيث السمع ولا من حيث التعامل فبقى على أصل القياس وهذا لان العقار يتأبد والجهاد سنام الدين فكان معنى القربة فيهما أقوى فلا يكون غيرهما فى معناهما قال (واذا صح الوقف لم يجز بيعه ولا تمليكه الا ان يكون مشاعا عند أبي يوسف رحمه الله فيطلب الشريك القسمة فيصح مقاسمته) اما امتناع التمليك فلما بينا واما جواز القسمة فلانها تمييز وافراز غاية الامران الغالب فى غير المكيل والموزون معنى المبادلة الاان فى الوقف جعلنا الغالب معنى الافراز نظرا للوقف فلم يكن بيعا وتمليكا ثم ان وقف نصيبه من عقار مشترك فهو الذى يقاسم شريكه لان الولاية الى الواقف و بعد الموت الى وصيه وان وقف نصف عقار خالص فالذى يقاسمه القاضى أو يبيع نصيبه الباقى من رجل ثم يقاسمه المشترى ثم يشترى ذلك منه لان الواحد لا يجوز ان يكون مقاسما ومقاسما ولو كان فى القسمة فضل دراهم ان أعطى الواقف لا يجوز لامتناع بيع الوقف وان أعطى الواقف جاز و يكون بقدر الدراهم شراء قال (والواجب ان يبتدئ من ارتفاع الوقف بعمارته شرط ذلك الواقف اولم يشترط) لان قصد الواقف صرف الغلة مؤبدا ولا تبقى دائمة الا بالعمارة فيثبت شرط العمارة اقتضاء ولان الخراج بالضمان وصار كنفقة العبد الموصى بخدمته فانها على الموصى له بها ثم ان كان الوقف على الفقراء لا يظفر بهم وأقرب أموالهم هذه الغلة فتجب فيها ولو كان الوقف على رجل بعينه وآخره للفقراء فهو فى ماله أى ماله شاء فى حال حياته ولا يؤخذ من الغلة لانه معين يمكن مطالبته وانما يستحق العمارة عليه بقدر ما يبقى الموقوف على الصفة التى وقفه وان خرب يبنى على ذلك الوصف لانها بصفتها صارت غلتها مصروفة الى الموقوف عليه فأما الزيادة على ذلك فليست بمستحقة عليه والغلة مستحقة له فلا يجوز صرفها الى شئ آخر الا برضاه ولو كان الوقف على الفقراء فكذلك عند البعض وعند الآخرين يجوز ذلك والاول أصح لان الصرف الى العمارة ضرورة ابقاء الوقف ولا ضرورة فى الزيادة قال (فان وقف دارا على

سكنى ولده فالعمارة على من له السكنى) لان الخراج بالضمان على ما مر فصار كنفقة العبد الموصى بخدمته (فان امتنع من ذلك أو كان فقيرا آجرها الحاكم وعمرها باجرتها واذا عمرها ردها الى من له السكنى) لان فى ذلك رعاية الحقين حق الواقف وحق صاحب السكنى لانه لولم يعمرها تفوت السكنى أصلا والاول أولى ولا يجبر الممتنع على العمارة لما فيه من اتلاف ماله فاشبه امتناع صاحب البذر فى المزارعة فلا يكون امتناعه رضا منه ببطلان حقه لانه فى حيز التردد ولا تصح اجارة من له السكنى لانه غير مالك قال (وما انهدم من بناء الوقف وآلته صرفه الحاكم فى عمارة الوقف ان احتاج اليه وان استغنى عنه أمسكه حتى يحتاج الى عمارته فيصرفه فيهما) لانه لابد من العمارة ليبقى على التأبيد فيحصل مقصود الواقف فان مست الحاجة اليه فى الحال صرفها فيها والا أمسكها حتى لا يتعذر عليه ذلك أوان الحاجة فيبطل المقصود وان تعذر اعادة عينه الى موضعه بيع وصرف ثمنه الى المرمة صرفا للبدل الى مصرف المبدل (ولا يجوز ان يقسمه) يعنى النقض (بين مستحقى الوقف) لانه جزء من العين ولا حق للموقوف عليهم فيه وانما حقهم فى المنافع والعين حق الله تعالى فلا يصرف اليهم غير حقهم قال (واذا جعل الواقف غلة الوقف لنفسه أو جعل الولاية اليه جاز عند أبى يوسف) قال رضى الله عنه ذكر فصلين شرط الغلة لنفسه وجعل الولاية اليه اما الاول فهو جائز عند أبى يوسف ولا يجوز على قياس قول محمد رحمه الله وهو قول هلال الرازى و به قال الشافعى رحمه الله وقيل ان الاختلاف بينهما بناء على الاختلاف فى اشتراط القبض والافراز وقيل هى مسئلة مبتدأة والخلاف فيما اذا شرط البعض لنفسه فى حياته و بعد موته للفقراء وفيما اذا شرط الكل لنفسه فى حياته و بعد موته للفقراء سواء ولو وقف وشرط البعض أو الكل لامهات أولاده ومدبريه ماداموا أحياء فاذا ماتوا فهو للفقراء والمساكين فقد قيل يجوز بالاتفاق وقد قيل هو على الخلاف أيضا وهو الصحيح لان اشتراطه لهم فى حياته كاشتراطه لنفسه وجه قول محمد ان الوقف تبرع على وجه التمليك بالطريق الذى قدمناه فاشتراطه البعض أو الكل لنفسه يبطله لان التمليك من نفسه لا يتحقق فصار كالصدقة المنفذة وشرط بعض بقعة المسجد لنفسه ولابى يوسف رحمه الله ماروى ان النبى عليه السلام كان يأكل من صدقته والمراد منها صدقته الموقوفة ولا يحل الاكل منها الا بالشرط فدل على صحته ولان الوقف ازالة الملك الى الله تعالى على وجه القربة على ما بيناه فاذا شرط البعض أو الكل لنفسه فقد جعل ما صار مملوكا لله تعالى لنفسه لانه يجعل ملك نفسه لنفسه وهذا جائز كما اذا بنى خانا أو سقاية أو جعل أرضه مقبرة وشرط ان ينزله أو يشرب منه أو يدفن فيه ولان مقصوده القربة وفى الصرف الى نفسه ذلك قال عليه السلام نفقة الرجل على

نفسه صدقة ولو شرط الواقف ان يستبدل به أرضا أخرى اذا شاء ذلك فهو جائز عند أبي يوسف وعند محمد رحمه الله الوقف جائز والشرط باطل ولو شرط الخيار لنفسه في الوقف ثلاثة أيام جاز الوقف والشرط عند أبي يوسف وعند محمد رحمه الله الوقف باطل وهذا بناء على ماذكرنا واما فصل الولاية فقد نص فيه على قول أبي يوسف وهو قول هلال أيضا وهو ظاهر المذهب وذكره هلال في وقفه وقال أقوام ان شرط الواقف الولاية لنفسه كانت له ولاية وان لم يشترط لم تكن له ولاية قال مشايخنا الاشبه ان يكون هذا قول محمد رحمه الله لان من أصله أن التسليم الى القيم شرط لصحة الوقف فاذا سلم لم يبق له ولاية فيه ولنا أن المتولي انما يستفيد الولاية من جهته بشرطه فيستحيل أن لا يكون له الولاية وغيره يستفيد الولاية منه ولانه أقرب الناس الى هذا الوقف فيكون أولى بولايته كمن اتخذ مسجدا يكون أولى بعمارته ونصب المؤذن فيه وكمن أعتق عبدا كان الولاء له لانه أقرب الناس اليه ولو أن الواقف شرط ولايته لنفسه وكان الواقف غير مأمون على الوقف فللقاضي أن ينزعها من يده نظرا للفقراء كما له أن يخرج الوصي نظرا للصغار وكذا اذا شرط أن ليس لسلطان ولا لقاض أن يخرجها من يده ويوليها غيره لانه شرط مخالف لحكم الشرع فبطل

﴿فصل﴾ (واذا بنى مسجدا لم يزل ملكه عنه حتى يفرزه عن ملكه بطريقه ويأذن للناس بالصلاة فيه فاذا صلى فيه واحد زال عند أبي حنيفة رحمه الله عن ملكه) أما الافراز فلانه لا يخلص لله تعالى الا به وأما الصلاة فيه فلانه لابد من التسليم عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله ويشترط تسليم نوعه وذلك في المسجد بالصلاة فيه أولانه لما تعذر القبض فقام تحقق المقصود مقامه ثم يكتفي بصلاة الواحد فيه في رواية عن أبي حنيفة رحمه الله لان فعل الجنس متعذر فيشترط أدناه وعن محمد رحمه الله أنه يشترط الصلاة بالجماعة لان المسجد بني لذلك في الغالب (وقال أبو يوسف يزول ملكه بقوله جعلته مسجدا) لان التسليم عنده ليس بشرط لانه اسقاط لملك العبد فيصير خالصا لله تعالى بسقوط حق العبد وصار كالاعتاق وقد بيناه من قبل قال (ومن جعل مسجدا تحته سرداب أو فوقه بيت وجعل باب المسجد الى الطريق وعزله عن ملكه فله أن يبيعه وان مات يورث عنه) لانه لم يخلص لله تعالى لبقاء حق العبد متعلقا به ولو كان السرداب لمصالح المسجد جاز كما في مسجد بيت المقدس وروى الحسن عنه انه قال اذا جعل السفل مسجدا وعلى ظهره مسكن فهو مسجد لان المسجد مما يتأبد وذلك يتحقق في السفل دون العلو وعن محمد رحمه الله على عكس هذا لان المسجد معظم واذا كان فوقه مسكن أو مستغل يتعذر تعظيمه وعن ابي يوسف رحمه الله أنه جوز في الوجهين حين قدم بغداد ورأى ضيق المنازل

فكانه اعتبر الضرورة وعن محمد رحمه الله أنه حين دخل الرى أجاز ذلك كله لما قلنا قال (وكذلك ان اتخذ وسط داره مسجدا واذن للناس بالدخول فيه) يعنى له أن يبيعه و يورث عنه لان المسجد ما لا يكون لاحد فيه حق المنع واذا كان ملكه محيطا بجوانبه كان له حق المنع فلم يصر مسجدا ولانه أبقى الطريق لنفسه فلم يخلص لله تعالى (وعن محمد أنه لا يباع ولا يورث ولا يوهب) اعتبره مسجدا وهكذا على أبى يوسف رحمه الله انه يصير مسجدا لانه لما رضى بكونه مسجدا ولا يصير مسجدا الا بالطريق دخل فيه الطريق وصار مستحقا كما يدخل فى الاجارة من غير ذكر قال (ومن اتخذ أرضه مسجدا لم يكن له أن يرجع فيه ولا يبيعه ولا يورث عنه) لانه تحرز عن حق العباد وصار خالصا لله وهذا لان الاشياء كلها لله تعالى واذا أسقط العبد ما ثبت من الحق رجع الى أصله فانقطع تصرفه عنه كما فى الاعتاق ولو خرب ما حول المسجد واستغنى عنه يبقى مسجدا عند أبى يوسف لانه اسقاط منه فلا يعود الى ملكه وعند محمد رحمه الله يعود الى ملك البانى أو الى وارثه بعد موته لانه عينه لنوع قربة وقد انقطعت فصار كحصير المسجد وحشيشه اذا استغنى عنه الا أن أبا يوسف رحمه الله يقول فى الحصير والحشيش انه ينقل الى مسجد آخر قال (ومن بنى سقاية للمسلمين أو خانا يسكنه بنو السبيل أو رباطا أو جعل أرضه مقبرة لم يزل ملكه عن ذلك حتى يحكم به الحاكم عند أبى حنيفة رحمه الله) لانه لم ينقطع عن حق العبد الا ترى ان له أن ينتفع به فيسكن فى الخان و ينزل فى الرباط ويشرب من السقاية و يدفن فى المقبرة فيشترط حكم الحاكم او الاضافة الى ما بعد الموت كما فى الوقف على الفقراء بخلاف المسجد لانه لم يبق له حق الانتفاع به فخلص لله تعالى من غير حكم الحاكم (وعند أبى يوسف يزول ملكه بالقول) كما هو أصله اذ التسليم عنده ليس بشرط والوقف لازم (وعند محمد رحمه الله اذا استقى الناس من السقاية وسكنوا الخان والرباط ودفنوا فى المقبرة زال الملك) لان التسليم عنده شرط والشرط تسليم نوعه وذلك بما ذكرناه و يكتفى بالواحد لتعذر فعل الجنس كله وعلى هذا البئر الموقوفة والحوض ولو سلم الى المتولى صح التسليم فى هذه الوجوه كلها لانه نائب عن الموقوف عليه وفعل النائب كفعل المنوب عنه وأما فى المسجد فقد قيل لا يكون تسليما لانه لا تدبير للمتولى فيه وقيل يكون تسليما لانه يحتاج الى من يكنسه ويغلق بابه فاذا سلم اليه صح التسليم والمقبرة فى هذا بمنزلة المسجد على ما قيل لانه لا متولى له عرفا وقيل هى بمنزلة السقاية والخان فيصح التسليم الى المتولى لانه لو نصب المتولى يصح وان كان بخلاف العادة ولو جعل داراله بمكة سكنى لحاج بيت الله والمعتمرين أو جعل داره فى غير مكة سكنى للمساكين أو جعلها فى ثغر من الثغور سكنى للغزاة والمرابطين أو جعل غلة أرضه للغزاة فى سبيل الله تعالى ودفع ذلك

الى

الى وال يقوم عليه فهو جائز ولا رجوع فيه لما بينا الا أن فى الغلة تحل للفقراء دون الاغنياء وفيما سواه من سكنى الخان والاستقاء من البئر والسقاية وغير ذلك يستوى فيه الغنى والفقير والفارق هو العرف فى الفصلين فان أهل العرف يريدون بذلك فى الغلة الفقراء وفى غيرها التسوية بينهم وبين الاغنياء ولان الحاجة تشمل الغنى والفقير فى الشرب والنزول والغنى لا يحتاج الى صرف هذه الغلة لغناه والله أعلم بالصواب

﴿كتاب البيوع﴾

قال (البيع ينعقد بالايجاب والقبول اذا كانا بلفظى الماضى) مثل أن يقول أحدهما بعت والآخر اشتريت لان البيع انشاء تصرف والانشاء يعرف بالشرع والموضوع للاخبار قد استعمل فيه فينعقد به ولا ينعقد بلفظين أحدهما بلفظ المستقبل والآخر لفظ الماضى بخلاف النكاح وقد مر الفرق هنالك وقوله رضيت بكذا أو أعطيتك بكذا أو خذه بكذا فى معنى قوله بعت لانه يؤدى معناه والمعنى هو المعتبر فى هذه العقود ولهذا ينعقد بالتعاطى فى النفيس والخسيس وهو الصحيح لتحقق المراضاة قال (واذا أوجب أحد المتعاقدين البيع فالآخر بالخيار ان شاء قبل فى المجلس وان شاء رده) وهذا خيار القبول لانه لو لم يثبت له الخيار يلزمه حكم البيع من غير رضاه واذا لم يفد الحكم بدون قبول الآخر فللموجب أن يرجع عنه قبل قبوله لخلوه عن ابطال حق الغير وانما يمتد الى آخر المجلس لان المجلس جامع للمتفرقات فاعتبرت ساعاته ساعة واحدة دفعا للعسر وتحقيقا لليسر والكتاب كالخطاب وكذا الارسال حتى اعتبر مجلس بلوغ الكتاب واداء الرسالة وليس له ان يقبل فى بعض المبيع ولا ان يقبل المشترى ببعض الثمن لعدم رضا الآخر بتفرق الصفقة الا اذا بين ثمن كل واحد لانه صفقات معنى (وايهما قام عن المجلس قبل القبول بطل الايجاب) لان القيام دليل الاعراض والرجوع وله ذلك على ماذكرنا واذا حصل الايجاب والقبول لزم البيع ولا خيار لواحد منهما الا من عيب أو عدم رؤية وقال الشافعى يثبت لكل واحد منهما خيار المجلس لقوله عليه السلام المتبايعان بالخيار مالم يتفرقا ولنا أن فى الفسخ ابطال حق الغير فلا يجوز والحديث محمول على خيار القبول وفيه اشارة اليه فانهما متبايعان حالة المباشرة لا بعدها أو يحتمله فيحمل عليه والتفرق فيه تفرق الاقوال قال (والاعواض المشار اليها لا يحتاج الى معرفة مقدارها فى جواز البيع) لان بالاشارة كفاية فى التعريف وجهالة الوصف فيه لا تفضى الى المنازعة (والاثمان المطلقة لا تصح الا أن تكون معروفة القدر والصفة) لان التسليم والتسلم واجب بالعقد وهذه الجهالة مفضية الى المنازعة فيمتنع التسليم والتسلم وكل جهالة هذه صفتها تمنع الجواز هذا هو الاصل قال (ويجوز

البيع بثمن حال ومؤجل اذا كان الاجل معلوما) لاطلاق قوله تعالى واحل الله البيع وعنه
عليه السلام انه اشترى من يهودى طعاما الى اجل ورهنه درعه ولا بد ان يكون الاجل معلوما
لان الجهالة فيه مانعة من التسليم الواجب بالعقد فهذا يطالبه به فى قريب المدة وهذا يسلم
فى بعيدها قال (ومن اطلق الثمن فى البيع كان على غالب نقد البلد) لانه المتعارف وفيه
التحرى للجواز فيصرف اليه (فان كانت النقود مختلفة فالبيع فاسد الا ان
يبين احدهما) وهذا اذا كان الكل فى الرواج سواء لان الجهالة مفضية الى المنازعة الا ان ترتفع
الجهالة بالبيان او يكون احدها اغلب واروج فحينئذ يصرف اليه تحريا للجواز وهذا اذا
كانت مختلفة فى المالية فان كانت سواء فيها كالثنائى والثلاثى والنصرتى اليوم بسمرقند
والاختلاف بين العدالى بفرغانة جاز البيع اذا اطلق اسم الدرهم كذا قالوا وينصرف الى ماقدر
به من اى نوع كان لانه لامنازعة ولا اختلاف فى المالية قال (ويجوز بيع الطعام والحبوب
مكايلة ومجازفة) وكذا اذا باعه بخلاف جنسه لقوله عليه السلام اذا اختلف النوعان فبيعوا
كيف شئتم بعد ان يكون يدا بيد بخلاف ما اذا باعه بجنسه مجازفة لما فيه من احتمال الربا
ولان الجهالة غير مانعة من التسليم والتسلم فشابه جهالة القيمة قال (ويجوز باناء بعينه لا يعرف
مقداره و بوزن حجر بعينه لا يعرف مقداره) لان الجهالة لا تفضى الى المنازعة لما انه يتعجل
فيه التسليم فيندر هلاكه قبله بخلاف السلم لان التسليم فيه متأخر والهلاك ليس بنادر قبله
فتتحقق المنازعة وعن ابى حنيفة رحمه الله انه لا يجوز فى البيع ايضا والاول اصح واظهر قال
(ومن باع صبرة طعام كل قفيز بدرهم جاز البيع فى قفيز واحد عند ابى حنيفة رحمه الله الا ان يسمى
جملة قفزانها وقالا يجوز فى الوجهين) له انه تعذر الصرف الى الكل لجهالة المبيع والثمن فيصرف
الى الاقل وهو معلوم الا ان تزول الجهالة بتسمية جميع القفزان او بالكيل فى المجلس وصار هذا
كما لو اقر وقال لفلان على كل درهم فعليه درهم واحد بالاجماع ولهما ان الجهالة بيدهما ازالتها
ومثلها غير مانع وكما اذا باع عبدا من عبدين على ان المشترى بالخيار ثم اذا جاز فى قفيز واحد عند
ابى حنيفة رحمه الله فللمشترى الخيار لتفرق الصفقة عليه وكذا اذا كيل فى المجلس او سمى جملة
قفزانها لانه علم بذلك الآن فله الخيار كما اذا رآه ولم يكن رآه وقت البيع (ومن باع قطيع غنم كل
شاة بدرهم فسد البيع فى جميعها عند ابى حنيفة رحمه الله وكذلك من باع ثوبا مذارعة كل ذراع
بدرهم ولم يسم جملة الذرعان وكذا كل معدود متفاوت وعندهما يجوز فى الكل لما قلنا وعنده
ينصرف الى الواحد) لما بينا غير ان بيع شاة من قطيع غنم وذراع من ثوب لا يجوز للتفاوت
وبيع قفيز من صبرة يجوز لعدم التفاوت فلا تفضى الجهالة الى المنازعة فيه وتفضى اليها فى الاول

فوضح الفرق قال (ومن ابتاع صبرة طعام على انها مائة قفيز بمائة درهم فوجدها اقل كان المشتري بالخيار ان شاء أخذ الموجود بحصته من الثمن وان شاء فسخ البيع) لتفرق الصفقة عليه قبل التمام فلم يتم رضاه بالموجود (وان وجدها أكثر فالزيادة للبائع) لان البيع وقع على مقدار معين والقدر ليس بوصف (ومن اشترى ثوبا على انه عشرة أذرع بعشرة دراهم أو ارضا على انها مائة ذراع بمائة درهم فوجدها أقل فالمشتري بالخيار ان شاء أخذها بجملة الثمن وان شاء ترك) لان الذرع وصف في الثوب الا ترى انه عبارة عن الطول والعرض والوصف لا يقابله شيء من الثمن كاطراف الحيوان فلهذا يأخذه بكل الثمن بخلاف الفصل الاول لان المقدار يقابله الثمن فلهذا يأخذه بحصته الا انه يتخير لفوات الوصف المذكور لتغير المعقود عليه فيختل الرضا (وان وجدها أكثر من الذراع الذي سماه فهو للمشتري ولا خيار للبائع) لانه صفة فكان بمنزلة ما اذا باعه معيبا فاذا هو سليم (ولو قال بعتكها على انها مائة ذراع بمائة درهم كل ذراع بدرهم فوجدها ناقصة فالمشتري بالخيار ان شاء أخذها بحصتها من الثمن وان شاء ترك) لان الوصف وان كان تابعا لكنه صار أصلا بافراده بذكر الثمن فينزل كل ذراع بمنزلة ثوب وهذا لانه لو أخذه بكل الثمن لم يكن آخذا لكل ذراع بدرهم (وان وجدها زائدة فهو بالخيار ان شاء أخذ الجميع كل ذراع بدرهم وان شاء فسخ البيع) لانه ان حصل له الزيادة في الذرع تلزمه زيادة الثمن فكان نفعا يشوبه ضرر فيتخير وانما يلزمه الزيادة لما بينا انه صار أصلا ولو أخذه بالاقل لم يكن آخذا بالمشروط (ومن اشترى عشرة أذرع من مائة ذراع من دار أو حمام فالبيع فاسد عند ابي حنيفة وقالا هو جائز وان اشترى عشرة أسهم من مائة سهم جاز في قولهم جميعا) لهما ان عشرة أذرع من مائة ذراع عشر الدار فاشبه عشرة أسهم وله ان الذراع اسم لما يذرع به واستعير لما يحله الذراع وهو المعين دون المشاع وذلك غير معلوم بخلاف السهم ولا فرق عند ابي حنيفة رحمه الله بين ما اذا علم جملة الذرعان أولم يعلم وهو الصحيح خلافا لما يقوله الخصاف لبقاء الجهالة ولو اشترى عدلا على انه عشرة أثواب فاذا هو تسعة أو أحد عشر فسد البيع لجهالة المبيع أو الثمن (ولو بين لكل ثوب ثمنا جاز في فصل النقصان بقدره وله الخيار ولم يجز في الزيادة) لجهالة العشرة المبيعة وقيل عند ابي حنيفة لا يجوز في فصل النقصان أيضا وليس بصحيح بخلاف ما اذا اشترى ثوبين على انهما هرويان فاذا أحدهما مروي حيث لا يجوز فيهما وان بين ثمن كل واحد منهما لانه جعل القبول في المروي شرطا لجواز العقد في الهروي وهو شرط فاسد ولا قبول يشترط في المعدوم فافترقا (ولو اشترى ثوبا واحدا على انه عشرة أذرع كل ذراع بدرهم فاذا هو عشرة ونصف أو تسعة ونصف قال ابو حنيفة في الوجه الاول يأخذه بعشرة من غير خيار وفي

الوجه الثاني يأخذه بتسعة ان شاء وقال أبو يوسف رحمه الله عليه في الوجه الاول يأخذه باحد عشر ان شاء وفي الثاني يأخذه بعشرة ان شاء وقال محمد رحمه الله في الاول يأخذه بعشرة ونصف ان شاء وفي الثاني بتسعة ونصف ويخير) لان من ضرورة مقابلة الذراع بالدرهم مقابلة نصفه بنصفه فيجري عليه حكمهما ولابي يوسف انه لما أفرد كل ذراع ببدل نزل كل ذراع منزلة ثوب على حدة وقد انتقص ولابي حنيفة رحمه الله عليه ان الذراع وصف في الاصل وانما أخذ حكم المقدار بالشرط وهو مقيد بالذراع فعند عدمه عاد الحكم الى الاصل وقيل في الكرباس الذي لا يتفاوت جوانبه لا يطيب للمشتري مازاد على المشروط لانه بمنزلة الموزون حيث لا يضره الفصل وعلى هذا قالوا يجوز بيع ذراع منه

﴿فصل﴾ (ومن باع دارا دخل بناؤها في البيع وان لم يسمه) لان اسم الدار يتناول العرصة والبناء في العرف ولانه متصل بها اتصال قرار فيكون تبعا له (ومن باع أرضا دخل مافيها من النخل والشجر وان لم يسمه) لانه متصل به للقرار فاشبه البناء (ولا يدخل الزرع في بيع الارض الا بالتسمية) لانه متصل بها للفصل فشابه المتاع الذي فيها (ومن باع نخلا أو شجرا فيه ثمر فثمرته للبائع الا أن يشترط المبتاع) لقوله عليه السلام من اشترى أرضا فيها نخل فالثمرة للبائع الا أن يشترط المبتاع ولان الاتصال وان كان خلقة فهو للقطع لا للبقاء فصار كالزرع (ويقال للبائع اقطعها وسلم المبيع) وكذا اذا كان فيها زرع لان ملك المشتري مشغول بملك البائع فكان عليه تفريغه وتسليمه كما اذا كان فيه متاع وقال الشافعي يترك حتى يظهر صلاح الثمر ويستحصد الزرع لان الواجب انما هو التسليم المعتاد وفي العادة أن لا يقطع كذلك وصار كما اذا انقضت مدة الاجارة وفي الارض زرع قلنا هناك التسليم واجب أيضا حتى يترك باجر وتسليم العوض كتسليم المعوض ولا فرق بين ما اذا كان الثمر بحال له قيمة أو لم يكن في الصحيح ويكون في الحالين للبائع لان بيعه يجوز في أصح الروايتين على ما نبين فلا يدخل في بيع الشجر من غير ذكر وأما اذا بيعت الارض وقد بذر فيها صاحبها ولم ينبت بعد لم يدخل فيه لانه مودع فيها كالمتاع ولو نبت ولم تصر له قيمة فقد قيل لا يدخل فيه وقد قيل يدخل فيه وكان هذا بناء على الاختلاف في جواز بيعه قبل أن تناله المشافر والمناجل ولا يدخل الزرع والثمر بذكر الحقوق والمرافق لانهما ليسا منهما ولو قال بكل قليل وكثير هو له فيها ومنها من حقوقها أو قال من مرافقها لم يدخلا فيه لما قلنا وان لم يقل من حقوقها أو من مرافقها دخلا فيه أما الثمر المجذوذ والزرع المحصود لا يدخل الا بالتصريح به لانه بمنزلة المتاع قال (ومن باع ثمرة لم يبد صلاحها أو قد بدا جاز البيع) لانه مال متقوم اما لكونه منتفعا به في الحال أو في الثاني وقد قيل لا يجوز قبل أن يبدو صلاحها والاول

أصح (وعلى المشترى قطعها فى الحال) تفريغا لملك البائع وهذا اذا اشتراها مطلقا أو بشرط القطع
(وان شرط تركها على النخيل فسد البيع) لأنه شرط لا يقتضيه العقد وهو شغل ملك الغير أو هو
صفقة فى صفقة وهو اعارة أو اجارة فى بيع وكذا بيع الزرع بشرط الترك لما قلنا وكذا اذا تناهى
عظمها عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله لما قلنا واستحسنه محمد رحمه الله للعادة بخلاف
ما اذا لم يتناه عظمها لانه شرط فيه الجزء المعدوم وهو الذى يزيد لمعنى من الارض أو الشجر
ولو اشتراها مطلقا وتركها باذن البائع طاب له الفضل وان تركها بغير اذنه تصدق بما زاد فى ذاته
لحصوله بجهة محظورة وان تركها بعد ما تناهى عظمها لم يتصدق بشئ لان هذا تغير حالة لا تحقق
زيادة وان اشتراها مطلقا وتركها على النخيل وقد استأجر النخيل الى وقت الادراك طاب له
الفضل لان الاجارة باطلة لعدم التعارف والحاجة فبقى الاذن معتبرا بخلاف ما اذا اشترى الزرع
واستأجر الارض الى أن يدرك وتركه حيث لا يطيب له الفضل لان الاجارة فاسدة للجهالة
فاورثت خبثا ولو اشتراها مطلقا فاثمرت ثمرا آخر قبل القبض فسد البيع لانه لا يمكنه تسليم
المبيع لتعذر التمييز ولو اثمرت بعد القبض يشتركان فيه للاختلاط والقول قول المشترى فى
مقداره لانه فى يده وكذا فى الباذنجان والبطيخ والمخلص أن يشترى الاصول لتحصل الزيادة
على ملكه قال (ولا يجوز أن يبيع ثمرة ويستثنى منها أرطالا معلومة) خلافا لمالك رحمه الله لان
الباقى بعد الاستثناء مجهول بخلاف ما اذا باع واستثنى نخلا معينا لان الباقى معلوم بالمشاهدة قال
رضى الله عنه قالوا هذه رواية الحسن وهو قول الطحاوى أما على ظاهر الرواية ينبغى أن
يجوز لان الاصل أن ما يجوز ايراد العقد عليه بانفراده يجوز استثناؤه من العقد وبيع قفيز
من صبرة جائز فكذا استثناؤه بخلاف استثناء الحمل واطراف الحيوان لانه لا يجوز بيعه فكذا
استثناؤه (ويجوز بيع الحنطة فى سنبلها والباقلاء فى قشره) وكذا الارز والسمسم وقال الشافعى
لا يجوز بيع الباقلاء الاخضر وكذا الجوز واللوز والفستق فى قشره الاول عنده وله فى بيع
السنبلة قولان وعندنا يجوز ذلك كله له أن المعقود عليه مستور بما لا منفعة له فيه فاشبه
تراب الصاغة اذا بيع بجنسه ولنا ما روى عن النبى عليه السلام انه نهى عن بيع النخل حتى
يزهى وعن بيع السنبل حتى يبيض ويأمن العاهة ولانه حب منتفع به فيجوز بيعه
فى سنبله كالشعير والجامع كونه مالا متقوما بخلاف تراب الصاغة لانه انما لا يجوز
بيعه بجنسه لاحتمال الربا حتى لو باعه بخلاف جنسه جاز وفى مسئلتنا لو باعه بجنسه لا يجوز
أيضا لشبهة الربا لانه لا يدرى قدر ما فى السنابل (ومن باع دارا دخل فى البيع مفاتيح
اغلاقها) لانه يدخل فيه الاغلاق لانها مركبة فيها للبقاء والمفتاح يدخل فى بيع الغلق من

تسميته لانه بمنزلة بعض منه اذ لا ينتفع به بدونه قال (واجرة الكيال وناقد الثمن على البائع) أما
الكيل فلا بد منه للتسليم وهو على البائع ومعنى هذا اذا بيع مكايلة وكذا أجرة الوزان والذراع
والعداد وأما النقد فالمذكور رواية ابن رستم عن محمد رحمه الله لان النقد يكون بعد التسليم
الا ترى انه يكون بعد الوزن والبائع هو المحتاج اليه ليميز ما تعلق به حقه من غيره أو ليعرف
المعيب وفي رواية ابن سماعة عنه على المشتري لانه يحتاج الى تسليم الجيد المقدر والجودة
تعرف بالنقد كما يعرف القدر بالوزن فيكون عليه قال (واجرة وزان الثمن على المشتري لما بينا
انه هو المحتاج الى تسليم الثمن وبالوزن يتحقق التسليم) قال (ومن باع سلعة بثمن قيل
للمشتري ادفع الثمن أولا) لان حق المشتري تعين في المبيع فيقدم دفع الثمن ليتعين حق البائع
بالقبض لما انه لا يتعين بالتعيين تحقيقا للمساواة قال (ومن باع سلعة بسلعة أو ثمنا بثمن قيل
لهما اسلما معا) لاستوائهما في التعين وعدمه فلا حاجة الى تقديم أحدهما في الدفع

﴿باب خيار الشرط﴾

خيار الشرط جائز في البيع للبائع والمشتري (ولهما الخيار ثلاثة أيام فما دونها) والاصل فيه ما روى
ان حبان بن منقذ بن عمرو الانصاري رضي الله عنه كان يغبن في البياعات فقال له النبي عليه
السلام اذا بايعت فقل لا خلابة ولي الخيار ثلاثة أيام (ولا يجوز أكثر منها عند أبي حنيفة) رضي
الله عنه وهو قول زفر والشافعي رضي الله عنهما (وقالا يجوز اذا سمى مدة معلومة) لحديث ابن
عمر رضي الله عنه انه اجاز الخيار الى شهرين ولان الخيار انما شرع للحاجة الى التروي ليندفع
الغبن وقد تمس الحاجة الى الاكثر فصار كالتأجيل في الثمن ولابي حنيفة رضي الله عنه ان شرط
الخيار يخالف مقتضى العقد وهو اللزوم وانما جوزناه بخلاف القياس بما رويناه من النص فيقتصر
على المدة المذكورة فيه وانتفت الزيادة (الا انه اذا اجاز في الثلاث جاز عند أبي حنيفة) رضي الله
عنه خلافا لزفر هو يقول انه انعقد فاسدا فلا ينقلب جائزا وله انه اسقط المفسد قبل تقرره فيعود
جائزا كما اذا باع بالرقم واعلمه في المجلس ولان الفساد باعتبار اليوم الرابع فاذا اجاز قبل ذلك لم
يتصل المفسد بالعقد ولهذا قيل ان العقد يفسد بمضي جزء من اليوم الرابع وقيل ينعقد فاسدا
ثم يرتفع الفساد بحذف الشرط وهذا على الوجه الاول (ولو اشترى على انه ان لم ينقد الثمن الى
ثلاثة ايام فلا بيع بينهما جاز والى أربعة أيام لا يجوز عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد يجوز
الى اربعة أيام أو أكثر فان نقد في الثلاث جاز في قولهم جميعا) والاصل فيه ان هذا في معنى اشتراط
الخيار اذ الحاجة مست الى الانفساخ عند عدم النقد تحرزا عن المماطلة في الفسخ فيكون ملحقا
به وقد مر أبو حنيفة على أصله في الملحق به ونفى الزيادة على الثلاث وكذا محمد في تجويز الزيادة

وأبو يوسف اخذ فى الاصل بالاثر وفى هذا بالقياس وفى هذه المسئلة قياس آخر واليه مال زفر
وهو انه بيع شرط فيه اقالة فاسدة لتعلقها بالشرط واشتراط الصحيح منها فيه مفسد للعقد
فاشتراط الفاسد اولى ووجه الاستحسان ما بينا قال (وخيار البائع يمنع خروج المبيع عن ملكه)
لان تمام هذا السبب بالمراضاة ولا تتم مع الخيار ولهذا ينفذ عتقه ولا يملك المشترى التصرف فيه
وان قبضه باذن البائع (فلو قبضه المشترى وهلك فى يده فى مدة الخيار ضمنه بالقيمة) لان البيع
ينفسخ بالهلاك لانه كان موقوفا ولا نفاذ بدون المحل فبقى مقبوضا فى يده على سوم الشراء وفيه
القيمة ولو هلك فى يد البائع انفسخ البيع ولا شئ على المشترى اعتبارا بالبيع الصحيح المطلق قال
(وخيار المشترى لا يمنع خروج المبيع عن ملك البائع) لان البيع فى جانب الآخر لازم وهذا لان
الخيار انما يمنع خروج البدل عن ملك من له الخيار لانه شرع نظرا له دون الآخر قال (الا ان
المشترى لا يملكه عند أبى حنيفة رحمه الله وقالا يملكه) لانه لما خرج عن ملك البائع فلو لم يدخل
فى ملك المشترى يكون زائلا لا الى مالك ولا عهد لنا به فى الشرع ولابى حنيفة انه لما لم يخرج الثمن
عن ملكه فلو قلنا بانه يدخل المبيع فى ملكه لاجتمع البدلان فى ملك رجل واحد حكما للمعاوضة
ولا أصل له فى الشرع لان المعاوضة تقتضى المساواة ولان الخيار شرع نظرا للمشترى ليتروى
فيقف على المصلحة ولو ثبت الملك بما يعتق عليه من غير اختياره بان كان قريبه فيفوت النظر
قال (فان هلك فى يده هلك بالثمن وكذا اذا دخله عيب) بخلاف ما اذا كان الخيار للبائع ووجه
الفرق انه اذا دخله عيب يمتنع الرد والهلاك لا يعرى عن مقدمة عيب فيهلك والعقد قد انبرم
فيلزمه الثمن بخلاف ما تقدم لان بدخول العيب لا يمتنع الرد حكما لخيار البائع فيهلك والعقد
موقوف قال (ومن اشترى امرأته على انه بالخيار ثلاثة ايام لم يفسد النكاح) لانه لم يملكها لما له
من الخيار (وان وطئها له ان يردها) لان الوطء بحكم النكاح (الا اذا كانت بكرا) لان الوطء ينقصها
وهذا عند أبى حنيفة (وقالا يفسد النكاح لانه ملكها وان وطئها لم يردها) لان وطئها بملك اليمين
فيمتنع الرد وان كانت ثيبا ولهذه المسئلة اخوات كلها تبتنى على وقوع الملك للمشترى بشرط الخيار
وعدمه منها عتق المشترى على المشترى اذا كان قريبا له فى مدة الخيار ومنها عتقه اذا كان المشترى
حلف ان ملكت عبدا فهو حر بخلاف ما اذا قال ان اشتريت فهو حر لانه يصير كالمنشئ للعتق بعد
الشراء فيسقط الخيار ومنها ان حيض المشتراة فى المدة لا يجتزأ به عن الاستبراء عنده وعندهما
يجتزأ ولو ردت بحكم الخيار الى البائع لا يجب عليه الاستبراء عنده وعندهما يجب اذا ردت بعد
القبض ومنها اذا ولدت المشتراة فى المدة بالنكاح لا تصير ام ولد له عنده خلافا لهما ومنها اذا قبض
المشترى المبيع باذن البائع ثم اودعه عند البائع فهلك فى يده فى المدة هلك من مال البائع لارتفاع

القبض بالرد لعدم الملك عنده وعندهما من مال المشترى لصحة الايداع باعتبار قيام الملك ومنها لو كان المشترى عبدا ماذونا له فابرأه البائع من الثمن فى المدة بقى على خياره عنده لان الرد امتناع عن التملك والمأذون له يليه وعندهما بطل خياره لانه لما ملكه كان الرد منه تمليكا بغير عوض وهو ليس من أهله ومنها اذا اشترى ذمى من ذمى خمرا على انه بالخيار ثم أسلم بطل الخيار عندهما لانه ملكها فلا يملك ردها وهو مسلم وعنده يبطل البيع لانه لم يملكها فلا يتملكها باسقاط الخيار بعده وهو مسلم قال (ومن شرط له الخيار فله ان يفسخ فى مدة الخيار وله أن يجيز فان أجازه بغير حضرة صاحبه جاز وان فسخ لم يجز الا أن يكون الآخر حاضرا عند أبى حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف يجوز) وهو قول الشافعى والشرط هو العلم وانما كنى بالحضرة عنه له انه مسلط على الفسخ من جهة صاحبه فلا يتوقف على علمه كالاجازة ولهذا لا يشترط رضاه وصار كالوكيل بالبيع ولهما انه تصرف فى حق الغير وهو العقد بالرفع ولا يعرى عن المضرة لانه عساه يعتمد تمام البيع السابق فيتصرف فيه فتلزمه غرامة القيمة بالهلاك فيما اذا كان الخيار للبائع أو لا يطلب لسلعته مشتريا فيما اذا كان الخيار للمشترى وهذا نوع ضرر فيتوقف على علمه وصار كعزل الوكيل بخلاف الاجازة لانه لا الزام فيه ولا نقول انه مسلط وكيف يقال ذلك وصاحبه لا يملك الفسخ ولا تسليط فى غير ما يملكه المسلط ولو كان فسخ فى حال غيبة صاحبه وبلغه فى المدة تم الفسخ لحصول العلم به ولو بلغه بعد مضى المدة تم العقد بمضى المدة قبل الفسخ قال (واذا مات من له الخيار بطل خياره ولم ينتقل الى ورثته) وقال الشافعى يورث عنه لانه حق لازم ثابت فى المبيع فيجرى فيه الارث كخيار العيب والتعيين ولنا ان الخيار ليس الا مشيئة وارادة ولا يتصور انتقاله والارث فيما يقبل الانتقال بخلاف خيار العيب لان المورث استحق المبيع سليما فكذا الوارث فاما نفس الخيار لا يورث وأما خيار التعيين يثبت للوارث ابتداء لاختلاط ملكه بملك الغير لا ان يورث الخيار قال (ومن اشترى شيئا وشرط الخيار لغيره فايهما اجاز جاز الخيار وايهما نقض انتقض) وأصل هذا ان اشتراط الخيار لغيره جائز استحسانا وفى القياس لا يجوز وهو قول زفر لان الخيار من مواجب العقد واحكامه فلا يجوز اشتراطه لغيره كاشتراط الثمن على غير المشترى ولنا ان الخيار لغير العاقد لا يثبت الا بطريق النيابة عن العاقد فيقدر الخيار له اقتضاء ثم يجعل هو نائبا عنه تصحيحا لتصرفه وعند ذلك يكون لكل واحد منهما الخيار فايهما اجاز جاز وأيهما نقض انتقض (ولو أجاز أحدهما وفسخ الآخر يعتبر السابق) لوجوده فى زمان لا يزاحمه فيه غيره ولو خرج الكلامان منهما معا يعتبر تصرف العاقد فى رواية وتصرف الفاسخ فى أخرى وجه الاول ان تصرف العاقد أقوى لان النائب يستفيد الولاية منه وجه الثانى ان الفسخ أقوى لان المجاز

يلحقه الفسخ والمفسوخ لا تلحقه الاجازة ولما ملك كل واحد منهما التصرف رجحنا بحال التصرف وقيل الاول قول محمد والثانى قول أبى يوسف واستخرج ذلك مما اذا باع الوكيل من رجل والموكل من غيره معا فمحمد يعتبر فيه تصرف الموكل وأبو يوسف يعتبرهما قال (ومن باع عبدين بالف درهم على أنه بالخيار فى أحدهما ثلاثة أيام فالبيع فاسد وان باع كل واحد منهما بخمسمائة على أنه بالخيار فى أحدهما بعينه جاز البيع) والمسئلة على أربعة أوجه أحدها ان لا يفصل الثمن ولا يعين الذى فيه الخيار وهو الوجه الاول فى الكتاب وفساده لجهالة الثمن والمبيع لان الذى فيه الخيار كالخارج عن العقد اذ العقد مع الخيار لا ينعقد فى حق الحكم فبقى الداخل فيه أحدهما وهو غير معلوم والوجه الثانى أن يفصل الثمن و يعين الذى فيه الخيار وهو المذكور ثانيا فى الكتاب وانما جاز لان المبيع معلوم والثمن معلوم وقبول العقد فى الذى فيه الخيار وان كان شرطا لانعقاد العقد فى الآخر ولكن هذا غير مفسد للعقد لكونه محلا للبيع كما اذا جمع بين قن ومدبر والثالث أن يفصل ولا يعين والرابع أن يعين ولا يفصل والعقد فاسد فى الوجهين اما لجهالة المبيع أو لجهالة الثمن قال (ومن اشترى ثوبين على أن يأخذ أيهما شاء بعشرة وهو بالخيار ثلاثة أيام فهو جائز وكذا الثلاثة فان كانت أربعة أثواب فالبيع فاسد) والقياس أن يفسد البيع فى الكل لجهالة المبيع وهو قول زفر والشافعى رحمهما الله وجه الاستحسان ان شرع الخيار للحاجة الى دفع الغبن ليختار ما هو الارفق والاوفق والحاجة الى هذا النوع من البيع متحققة لانه يحتاج الى اختيار من يثق به أو اختيار من يشتريه لاجله ولا يمكنه البائع من الحمل اليه الا بالبيع فكان فى معنى ما ورد به الشرع غير ان هذه الحاجة تندفع بالثلاث لوجود الجيد والوسط والردىء فيها والجهالة لا تفضى الى المنازعة فى الثلاثة لتعيين من له الخيار وكذا فى الاربع الا ان الحاجة اليها غير متحققة والرخصة ثبوتها بالحاجة وكون الجهالة غير مفضية الى المنازعة فلا تثبت باحدهما ثم قيل يشترط أن يكون فى هذا العقد خيار الشرط مع خيار التعيين وهو المذكور فى الجامع الصغير وقيل لا يشترط وهو المذكور فى الجامع الكبير فيكون ذكره على هذا الاعتبار وفاقا لا شرطا واذا لم يذكر خيار الشرط لا بد من توقيت خيار التعيين بالثلاث عنده وبمدة معلومة أيتها كانت عندهما ثم ذكر فى بعض النسخ اشترى ثوبين وفى بعضها اشترى أحد الثوبين وهو الصحيح لان المبيع فى الحقيقة أحدهما والآخر أمانة والاول تجوز واستعارة ولو هلك أحدهما أو تعيب لزمه البيع فيه بثمنه وتعين الآخر للامانة لامتناع الرد بالتعيب ولو هلكا جميعا معا يلزمه نصف ثمن كل واحد منهما لشيوع البيع والامانة فيهما ولو كان فيه خيار الشرط له أن يردهما جميعا ولو مات من له الخيار فلوارثه أن يرد أحدهما لان الباقى خيار التعيين للاختلاط ولهذا لا يتوقت فى حق الوارث وأما خيار الشرط لا يورث وقد ذكرناه من قبل (ومن اشترى دارا على أنه بالخيار

فيبعت دارا اخرى الى جنبها فاخذها بالشفعة فهو رضا) لان طلب الشفعة يدل على اختياره الملك فيها لانه ماثبت الا لدفع ضرر الجوار وذلك بالاستدامة فيتضمن ذلك سقوط الخيار سابقا عليه فيثبت الملك من وقت الشراء فيتبين ان الجوار كان ثابتا وهذا التقرير يحتاج اليه لمذهب أبي حنيفة رحمه الله خاصة قال (واذا اشترى الرجلان غلاما على أنهما بالخيار فرضى أحدهما فليس للآخر ان يرده) عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا له أن يرده وعلى هذا الخلاف خيار العيب وخيار الرؤية لهما ان اثبات الخيار لهما اثباته لكل واحد منهما فلا يسقط باسقاط صاحبه لما فيه من ابطال حقه وله ان المبيع خرج عن ملكه غير معيب بعيب الشركة فلو رده أحدهما رده معيبا به وفيه الزام ضرر زائد وليس من ضرورة اثبات الخيار لهما الرضاء برد أحدهما لتصور اجتماعهما على الرد قال (ومن باع عبدا على أنه خباز أو كاتب وكان بخلافه فالمشتري بالخيار ان شاء أخذه بجميع الثمن وان شاء ترك) لان هذا وصف مرغوب فيه فيستحق في العقد بالشرط ثم فواته يوجب التخيير لانه مارضى به دونه وهذا يرجع الى اختلاف النوع لقلة التفاوت في الاغراض فلا يفسد العقد بعدمه بمنزلة وصف الذكورة والانوثة في الحيوانات وصار كفوات وصف السلامة واذا أخذه أخذه بجميع الثمن لان الاوصاف لا يقابلها شئ من الثمن لكونها تابعة في العقد على ماعرف

﴿باب خيار الرؤية﴾

(ومن اشترى شيئا لم يره فالبيع جائز وله الخيار اذا رآه ان شاء أخذه بجميع الثمن وان شاء رده) وقال الشافعي رحمه الله لا يصح العقد أصلا لان المبيع مجهول ولنا قوله عليه السلام من اشترى شيئا لم يره فله الخيار اذا رآه ولان الجهالة بعدم الرؤية لا تفضي الى المنازعة لانه لو لم يوافقه يرده فصار كجهالة الوصف في المعاين المشار اليه وكذا اذا قال رضيت ثم رآه له أن يرده لان الخيار معلق بالرؤية لما روينا فلا يثبت قبلها وحق الفسخ قبل الرؤية بحكم انه عقد غير لازم لا بمقتضى الحديث ولان الرضاء بالشئ قبل العلم باوصافه لا يتحقق فلا يعتبر قوله رضيت قبل الرؤية بخلاف قوله رددت قال (ومن باع مالم يره فلا خيار له) وكان أبو حنيفة يقول أولا له الخيار اعتبارا بخيار العيب وخيار الشرط وهذا لان لزوم العقد بتمام الرضا زوالا وثبوتا ولا يتحقق ذلك الا بالعلم باوصاف المبيع وذلك بالرؤية فلم يكن البائع راضيا بالزوال ووجه القول المرجوع اليه أنه معلق بالشراء لما روينا فلا يثبت دونه وروى ان عثمان بن عفان رضي الله عنه باع أرضا بالبصرة من طلحة بن عبيد الله فقيل لطلحة انك قد غبنت فقال لي الخيار لاني اشتريت مالم أره وقيل لعثمان انك قد غبنت فقال لي الخيار لاني بعت مالم أره فحكما بينهما جبير بن مطعم فقضى بالخيار لطلحة وكان ذلك بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم ثم خيار الرؤية غير موقت بل يبقى الى أن يوجد

مايبطله ومايبطل خيار الشرط من تعيب أو تصرف يبطل خيار الرؤية ثم ان كان تصرفا لا يمكن رفعه كالاعتاق والتدبير أو تصرفا يوجب حقا للغير كالبيع المطلق والرهن والاجارة يبطله قبل الرؤية وبعدها لانه لما لزم تعذر الفسخ فبطل الخيار وان كان تصرفا لا يوجب حقا للغير كالبيع بشرط الخيار والمساومة والهبة من غير تسليم لا يبطله قبل الرؤية لانه لا يربو على صريح الرضا ويبطله بعد الرؤية لوجود دلالة الرضا قال (ومن نظر الى وجه الصبرة أو الى ظاهر الثوب مطويا أو الى وجه الجارية أو الى وجه الدابة وكفلها فلا خيار له) والاصل فى هذا ان رؤية جميع المبيع غير مشروط لتعذره فيكتفى برؤية ما يدل على العلم بالمقصود ولو دخل فى البيع أشياء فان كان لا تتفاوت آحادها كالمكيل والموزون وعلامته ان يعرض بالنموذج يكتفى برؤية واحد منها الا اذا كان الباقى اردأ مما رأى فحينئذ يكون له الخيار وان كان تتفاوت آحادها كالثياب والدواب لا بد من رؤية كل واحد منها والجوز والبيض من هذا القبيل فيما ذكره الكرخى وكان ينبغى أن يكون مثل الحنطة والشعير لكونها متقاربة اذا ثبت هذا فنقول النظر الى وجه الصبرة كاف لانه يعرف وصف البقية لانه مكيل يعرض بالنموذج وكذا النظر الى ظاهر الثوب مما يعلم به البقية الا اذا كان فى طيه ما يكون مقصودا كموضع العلم والوجه هو المقصود فى الآدمى وهو والكفل فى الدواب فيعتبر رؤية المقصود ولا يعتبر رؤية غيره وشرط بعضهم رؤية القوائم والاول هو المروى وعن أبى يوسف رحمه الله وفى شاة اللحم لا بد من الجس لان المقصود وهو اللحم يعرف به وفى شاة القنية لا بد من رؤية الضرع وفيما يطعم لا بد من الذوق لان ذلك هو المعرف للمقصود قال (وان رأى صحن الدار فلا خيار له وان لم يشاهد بيوتها) وكذلك اذا رأى خارج الدار أو رأى أشجار البستان من خارج وعند زفر لا بد من دخول داخل البيوت والاصح ان جواب الكتاب على وفاق عادتهم فى الابنية فان دورهم لم تكن متفاوتة يومئذ فاما اليوم فلا بد من الدخول فى داخل الدار للتفاوت والنظر الى الظاهر لا يوقع العلم بالداخل قال (ونظر الوكيل كنظر المشترى حتى لا يرده الا من عيب ولا يكون نظر الرسول كنظر المشترى وهذا عند أبى حنيفة وقالا هما سواء وله أن يرده) قال معناه الوكيل بالقبض فاما الوكيل بالشراء فرؤيته تسقط الخيار بالاجماع لهما أنه توكل بالقبض دون اسقاط الخيار فلا يملك ما لم يتوكل به وصار كخيار العيب والشرط والاسقاط قصدا وله ان القبض نوعان تام وهو أن يقبضه وهو يراه وناقص وهو أن يقبضه مستورا وهذا لان تمامه بتمام الصفقة ولا تتم مع بقاء خيار الرؤية والموكل ملكه بنوعيه فكذا الوكيل ومتى قبض الموكل وهو يراه سقط الخيار فكذا الوكيل لاطلاق التوكيل واذا قبضه مستورا انتهى التوكيل بالناقص منه فلا يملك اسقاطه قصدا بعد ذلك

بخلاف خيار العيب لانه لا يمنع تمام الصفقة فيتم القبض مع بقائه وخيار الشرط على هذا الخلاف ولو سلم فالموكل لا يملك التام منه فانه لا يسقط بقبضه لان الاختيار وهو المقصود بالخيار يكون بعده فكذا لا يملكه وكيله وبخلاف الرسول لانه لا يملك شيئا وانما اليه تبليغ الرسالة ولهذا لا يملك القبض والتسليم اذا كان رسولا في البيع قال (وبيع الاعمى وشراؤه جائز وله الخيار اذا اشترى) لانه اشترى مالم يره وقد قررناه من قبل (ثم يسقط خياره بجسه المبيع اذا كان يعرف بالجس وبشمه اذا كان يعرف بالشم وبذوقه اذا كان يعرف بالذوق) كما في البصير (ولا يسقط خياره في العقار حتى يوصف له) لان الوصف يقام مقام الرؤية كما في السلم وعن ابي يوسف انه اذا وقف في مكان لو كان بصيرا لرآه وقال قد رضيت سقط خياره لان التشبيه يقام مقام الحقيقة في موضع العجز كتحريك الشفتين يقام مقام القراءة في حق الاخرس في الصلاة واجراء الموسى مقام الحلق في حق من لا شعر له في الحج وقال الحسن يوكل وكيلا يقبضه وهو يراه وهذا اشبه بقول ابي حنيفة رحمه الله لان رؤية الوكيل كرؤية الموكل على مامر آنفا قال (ومن رأى احد ثوبين فاشتراهما ثم رأى الآخر جاز له ان يردهما) لان رؤية احدهما لا تكون رؤية الآخر للتفاوت في الثياب فبقي الخيار فيما لم يره ثم لا يرده وحده بل يردهما كيلا يكون تفريقا للصفقة قبل التمام وهذا لان الصفقة لا تتم مع خيار الرؤية قبل القبض وبعده ولهذا يتمكن من الرد بغير قضاء ولا رضا ويكون فسخا من الاصل (ومن مات وله خيار الرؤية بطل خياره) لانه لا يجري فيه الارث عندنا وقد ذكرناه في خيار الشرط (ومن رأى شيئا ثم اشتراه بعد مدة فان كان على الصفة التي رآه فلا خيار له) لان العلم باوصافه حاصل له بالرؤية السابقة وبفواته يثبت الخيار الا اذا كان لا يعلمه مرئيه لعدم الرضا به (وان وجده متغيرا فله الخيار) لان تلك الرؤية لم تقع معلمة باوصافه فكانه لم يره وان اختلفا في التغير فالقول قول البائع لان التغير حادث وسبب اللزوم ظاهر الا اذا بعدت المدة على ما قالوا لان الظاهر شاهد للمشتري بخلاف ما اذا اختلفا في الرؤية لانها امر حادث والمشتري ينكره فيكون القول قوله قال (ومن اشترى عدل زطي ولم يره فباع منه ثوبا او وهبه وسلمه لم يرد شيئا منها الا من عيب وكذلك خيار الشرط) لانه تعذر الرد فيما خرج عن ملكه وفي رد ما بقي تفريق الصفقة قبل التمام لان خيار الرؤية والشرط يمنعان تمامها بخلاف خيار العيب لان الصفقة تتم مع خيار العيب بعد القبض وان كانت لا تتم قبله وفيه وضع المسئلة فلو عاد اليه بسبب هو فسخ فهو على خيار الرؤية كذا ذكره شمس الائمة السرخسي رحمه الله وعن ابي يوسف انه لا يعود بعد سقوطه كخيار الشرط وعليه اعتمد القدوري

﴿باب خيار العيب﴾

(واذا اطلع المشترى على عيب فى المبيع فهو بالخيار ان شاء أخذه بجميع الثمن وان شاء رده) لان مطلق العقد يقتضى وصف السلامة فعند فواته يتخير كى لا يتضرر بلزوم ما لا يرضى به (وليس له ان يمسكه ويأخذ النقصان) لان الاوصاف لا يقابلها شئ من الثمن فى مجرد العقد ولانه لم يرض بزواله عن ملكه باقل من المسمى فيتضرر به ودفع الضرر عن المشترى ممكن بالرد بدون تضرره والمراد به عيب كان عند البائع ولم يره المشترى عند البيع ولا عند القبض لان ذلك رضا به قال (وكل ما أوجب نقصان الثمن فى عادة التجار فهو عيب) لان التضرر بنقصان المالية وذلك بانتقاص القيمة والمرجع فى معرفته عرف أهله (والاباق والبول فى الفراش والسرقة فى الصغير عيب ما لم يبلغ فاذا بلغ فليس ذلك بعيب حتى يعاوده بعد البلوغ) ومعناه اذا ظهرت عند البائع فى صغره ثم حدثت عند المشترى فى صغره فله ان يرده لانه عين ذلك وان حدثت بعد بلوغه لم يرده لانه غيره وهذا لان سبب هذه الاشياء يختلف بالصغر والكبر فالبول فى الفراش فى الصغر لضعف المثانة وبعد الكبر لداء فى الباطن والاباق فى الصغر لحب اللعب والسرقة والقلة لمبالاة وهما بعد الكبر لخبث فى الباطن والمراد من الصغير من يعقل فاما الذى لا يعقل فهو ضال لا آبق فلا يتحقق عيبا قال (والجنون فى الصغر عيب أبدا) ومعناه اذا جن فى الصغر فى يد البائع ثم عاوده فى يد المشترى فيه أو فى الكبر يرده لانه عين الاول اذ السبب فى الحالين متحد وهو فساد العقل وليس معناه انه لا يشترط المعاودة فى يد المشترى لان الله تعالى قادر على ازالته وان كان قلما يزول فلا بد من المعاودة للرد قال (والبخر والدفر عيب فى الجارية) لان المقصود قد يكون الاستفراش وطلب الولد وهما يخلان به وليس بعيب فى الغلام لان المقصود هو الاستخدام ولا يخلان به الا ان يكون من داء لان الداء عيب (والزنا وولد الزنا عيب فى الجارية دون الغلام) لانه يخل بالمقصود فى الجارية وهو الاستفراش وطلب الولد ولا يخل بالمقصود فى الغلام وهو الاستخدام الا ان يكون الزنا عادة له على ما قالوا لان اتباعهن يخل بالخدمة قال (والكفر عيب فيهما) لان طبع المسلم ينفر عن صحبته ولانه يمتنع صرفه فى بعض الكفارات فتختل الرغبة فلو اشتراه على انه كافر فوجده مسلما لا يرده لانه زوال العيب وعند الشافعى يرده لان الكافر يستعمل فيما لا يستعمل فيه المسلم وفوات الشرط بمنزلة العيب قال (فلو كانت الجارية بالغة لا تحيض أو هى مستحاضة فهو عيب) لان ارتفاع الدم واستمراره علامة الداء ويعتبر فى الارتفاع أقصى غاية البلوغ وهو سبع عشرة سنة فيها عند أبى حنيفة رحمه الله ويعرف ذلك بقول الامة فترد اذا انضم اليه نكول البائع قبل القبض وبعده هو الصحيح قال (واذا حدث

عند المشتري عيب فاطلع على عيب كان عند البائع فله ان يرجع بالنقصان ولا يرد المبيع) لان في الرد اضرارا بالبائع لانه خرج عن ملكه سالما ويعود معيبا فامتنع ولا بد من دفع الضرر عنه فتعين الرجوع بالنقصان الا ان يرضى البائع ان يأخذه بعيبه لانه رضي بالضرر قال (ومن اشترى ثوبا فقطعه فوجد به عيبا رجع بالعيب) لانه امتنع الرد بالقطع فانه عيب حادث (فان قال البائع انا اقبله كذلك كان له ذلك) لان الامتناع لحقه وقد رضي به (فان باعه المشتري لم يرجع بشئ) لان الرد غير ممتنع برضا البائع فيصير هو بالبيع حابسا للمبيع فلا يرجع بالنقصان (فان قطع الثوب وخاطه او صبغه احمر او لت السويق بسمن ثم اطلع على عيب رجع بنقصانه) لامتناع الرد بسبب الزيادة لانه لا وجه الى الفسخ في الاصل بدونها لانها لا تنفك عنه ولا وجه اليه معها لان الزيادة ليست بمبيعة فامتنع اصلا (وليس للبائع ان يأخذه) لان الامتناع لحق الشرع لا لحقه (فان باعه المشتري بعد ما رأى العيب رجع بالنقصان) لان الرد ممتنع اصلا قبله فلا يكون بالبيع حابسا للمبيع وعن هذا قلنا ان من اشترى ثوبا فقطعه لباسا لولده الصغير وخاطه ثم اطلع على عيب لا يرجع بالنقصان ولو كان الولد كبيرا يرجع لان التمليك حصل في الاول قبل الخياطة وفي الثاني بعدها بالتسليم اليه قال (ومن اشترى عبدا فاعتقه او مات عنده ثم اطلع على عيب رجع بنقصانه) اما الموت فلان الملك ينتهي به والامتناع حكمي لا بفعله واما الاعتاق فالقياس فيه ان لا يرجع لان الامتناع بفعله فصار كالقتل وفي الاستحسان يرجع لان العتق انهاء الملك لان الآدمي ما خلق في الاصل محلا للملك وانما يثبت الملك فيه موقتا الى الاعتاق فكان انهاء فصار كالموت وهذا لان الشئ يتقرر بانتهائه فيجعل كان الملك باق والرد متعذر والتدبير والاستيلاد بمنزلته لانه تعذر النقل مع بقاء المحل بالامر الحكمي (وان اعتقه على مال لم يرجع بشئ) لانه حبس بدله وحبس البدل كحبس المبدل وعن ابي حنيفة انه يرجع لانه انهاء للملك وان كان بعوض (فان قتل المشتري العبد او كان طعاما فاكله لم يرجع بشئ عند ابي حنيفة اما القتل فالمذكور ظاهر الرواية وعن ابي يوسف انه يرجع) لان قتل المولى عبده لا يتعلق به حكم دنياوي فصار كالموت، حتف انفه فيكون انهاء ووجه الظاهر ان القتل لا يوجد الا مضمونا وانما يسقط الضمان ههنا باعتبار الملك فيصير كالمستفيد به عوضا بخلاف الاعتاق لانه لا يوجب الضمان لا محالة كاعتاق المعسر عبدا مشتركا واما الاكل فعلى الخلاف فعندهما يرجع وعنده لا يرجع استحسانا وعلى هذا الخلاف اذا لبس الثوب حتى تخرق لهما انه صنع في المبيع ما يقصد بشرائه ويعتاد فعله فيه فاشبه الاعتاق وله انه تعذر الرد بفعل مضمون منه في المبيع فاشبه البيع والقتل ولا معتبر بكونه مقصودا الا ترى ان البيع مما يقصد بالشراء ثم هو يمنع

الرجوع فان أكل بعض الطعام ثم علم بالعيب فكذا الجواب عند أبي حنيفة رحمه الله لان الطعام كشئ واحد فصار كبيع البعض وعندهما أنه يرجع بنقصان العيب في الكل وعنهما أنه يرد ما بقى لانه لا يضره التبعيض قال (ومن اشترى بيضا أو بطيخا أو قثاء أو خيارا أو جوزا فكسره فوجده فاسدا فان لم ينتفع به رجع بالثمن كله) لانه ليس بمال فكان البيع باطلا ولا يعتبر في الجوز صلاح قشره على ماقيل لان ماليته باعتبار اللب (وان كان ينتفع به مع فساده لم يرده) لان الكسر عيب حادث (و) لكنه (يرجع بنقصان العيب) دفعا للضرر بقدر الامكان وقال الشافعي يرده لان الكسر بتسليطه قلنا التسليط على الكسر في ملك المشترى لا في ملكه فصار كما اذا كان ثوبا فقطعه ولو وجد البعض فاسدا وهو قليل جاز البيع استحسانا لانه لا يخلو عن قليل فاسد والقليل ما لا يخلو عنه الجوز عادة كالواحد والاثنين في المائة وان كان الفاسد كثيرا لا يجوز ويرجع بكل الثمن لانه جمع بين المال وغيره فصار كالجمع بين الحر والعبد قال (ومن باع عبدا فباعه المشترى ثم رده عليه بعيب فان قبل بقضاء القاضي باقرار أو بينة أو باباء يمين له ان يرده على بائعه) لانه فسخ من الاصل فجعل البيع كان لم يكن غاية الامر انه أنكر قيام العيب لكنه صار مكذبا شرعا بالقضاء ومعنى القضاء بالاقرار انه أنكر الاقرار فاثبت بالبينة وهذا بخلاف الوكيل بالبيع اذا رد عليه بعيب بالبينة حيث يكون ردا على الموكل لان البيع هناك واحد والموجود ههنا بيعان فيفسخ الثاني ولا ينفسخ الاول (وان قبل بغير قضاء القاضي ليس له ان يرده) لانه بيع جديد في حق ثالث وان كان فسخا في حقهما والاول ثالثهما (وفي الجامع الصغير وان رد عليه باقراره بغير قضاء بعيب لا يحدث مثله لم يكن له ان يخاصم الذي باعه) وبهذا يتبين ان الجواب فيما يحدث مثله وفيما لا يحدث سواء وفي بعض روايات البيوع ان كان فيما لا يحدث مثله يرجع بالنقصان للتيقن بقيام العيب عند البائع الاول قال (ومن اشترى عبدا فقبضه فادعى عيبا لم يجبر على دفع الثمن حتى يحلف البائع أو يقيم المشترى البينة) لانه أنكر وجوب الثمن حيث أنكر تعين حقه بدعوى العيب ودفع الثمن أولا ليتعين حقه بازاء تعين المبيع ولانه لو قضى بالدفع فلعله يظهر العيب فينتقض القضاء فلا يقضى به صونا لقضائه (فان قال المشترى شهودي بالشام استحلف البائع ودفع الثمن) يعني اذا حلف ولا ينتظر حضور الشهود لان في الانتظار ضررا بالبائع وليس في الدفع كثير ضرر به لانه على حجته أما اذا نكل ألزم العيب لانه حجة فيه قال (ومن اشترى عبدا فادعى اباقا لم يحلف البائع حتى يقيم المشترى البينة انه أبق عنده) والمراد التحليف على انه لم يأبق عنده لان القول وان كان قوله ولكن انكاره انما يعتبر بعد قيام العيب به في يد المشترى ومعرفته بالحجة (فاذا أقامها حلف بالله تعالى لقد باعه وسلمه اليه وما أبق عنده قط) كذا قال

فى الكتاب وان شاء حلفه بالله ماله حق الرد عليك من الوجه الذى يدعى أو بالله ما أبق عندك قط
اما لا يحلفه بالله لقد باعه وما به هذا العيب ولا بالله لقد باعه وسلمه وما به هذا العيب لان فيه
ترك النظر للمشترى لان العيب قد يحدث بعد البيع قبل التسليم وهو موجب للرد والاول
ذهول عنه والثانى يوهم تعلقه بالشرطين فيتأوله فى اليمين عند قيامه وقت التسليم دون البيع
ولو لم يجد المشترى بينة على قيام العيب عنده وأراد تحليف البائع بالله ما يعلم انه أبق
عنده يحلف على قولهما واختلف المشايخ على قول أبى حنيفة لهما ان الدعوى معتبرة حتى
يترتب عليها البينة فكذا يترتب التحليف وله على ما قاله البعض ان الحلف يترتب على دعوى
صحيحة وليست تصح الا من خصم ولا يصير خصما فيه الا بعد قيام العيب واذا نكل عن اليمين
عندهما يحلف ثانيا للرد على الوجه الذى قدمناه قال رضى الله عنه اذا كانت الدعوى فى اباق
الكبير يحلف ما أبق منذ بلغ مبلغ الرجال لان الاباق فى الصغر لا يوجب رده بعد البلوغ قال
(ومن اشترى جارية وتقابضا فوجد بها عيبا فقال البائع بعتك هذه وأخرى معها وقال المشترى
بعتنيها وحدها فالقول قول المشترى) لان الاختلاف فى مقدار المقبوض فيكون القول للقابض
كما فى الغصب (وكذا اذا اتفقا على مقدار المبيع واختلفا فى المقبوض) لما بينا قال (ومن اشترى
عبدين صفقة واحدة فقبض أحدهما ووجد بالآخر عيبا فانه يأخذهما أو يدعهما) لان
الصفقة تتم بقبضهما فيكون تفريقها قبل التمام وقد ذكرناه وهذا لان القبض له شبه بالعقد
فالتفريق فيه كالتفريق فى العقد ولو وجد بالمقبوض عيبا اختلفوا فيه ويروى عن أبى يوسف
رحمه الله انه يرده خاصة والاصح انه يأخذهما أو يردهما لان تمام الصفقة تعلق بقبض
المبيع وهو اسم للكل فصار كحبس المبيع لما تعلق زواله باستيفاء الثمن لا يزول دون قبض
جميعه ولو قبضهما ثم وجد باحدهما عيبا يرده خاصة خلافا لزفر هو يقول فيه تفريق الصفقة
ولا يعرى عن ضرر لان العادة جرت بضم الجيد الى الردى فاشبه ما قبل القبض وخيار الرؤية
والشرط ولنا انه تفريق الصفقة بعد التمام لان بالقبض تتم الصفقة فى خيار العيب وفى خيار
الرؤية والشرط لا تتم به على ما مر ولهذا لو استحق أحدهما ليس له ان يرد الآخر قال (ومن
اشترى شيأ مما يكال أو يوزن فوجد ببعضه عيبا رده كله أو أخذه كله) ومراده بعد القبض لان
المكيل اذا كان من جنس واحد فهو كشئ واحد الا ترى انه يسمى باسم واحد وهو الكر ونحوه
وقيل هذا اذا كان فى وعاء واحد فاذا كان فى وعاءين فهو بمنزلة عبدين حتى يرد الوعاء الذى وجد
فيه العيب دون الآخر (ولو استحق بعضه فلا خيار له فى رد ما بقى) لانه لا يضره التبعيض
والاستحقاق لا يمنع تمام الصفقة لان تمامها برضا العاقد لا برضا المالك وهذا اذا كان

بعد القبض اما لو كان ذلك قبل القبض له ان يرد الباقي لتفرق الصفقة قبل التمام (وان كان ثوبا فله الخيار) لان التشقيص فيه عيب وقد كان وقت البيع حيث ظهر الاستحقاق بخلاف المكيل والموزون (ومن اشترى جارية فوجد بها قرحا فداواه أو كانت دابة فركبها في حاجته فهو رضا) لان ذلك دليل قصده الاستبقاء بخلاف خيار الشرط لان الخيار هناك للاختبار وانه بالاستعمال فلا يكون الركوب مسقطا (وان ركبها ليردها على بائعها أو ليسقيها أو ليشتري لها علفا فليس برضا) اما الركوب للرد فلانه سبب الرد والجواب في السقي واشتراء العلف محمول على ما اذا كان لا يجد بدا منه اما لصعوبتها أو لعجزه أو لكون العلف في عدل واحد واما اذا كان يجد بدا منه لانعدام ما ذكرناه يكون رضا قال (ومن اشترى عبدا فد سرق ولم يعلم به فقطع عند المشتري له ان يرده ويأخذ الثمن عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا يرجع بما بين قيمته سارقا الى غير سارق) وعلى هذا الخلاف اذا قتل بسبب وجد في يد البائع والحاصل انه بمنزلة الاستحقاق عنده وبمنزلة العيب عندهما لهما ان الموجود في يد البائع سبب القطع والقتل وانه لا ينافي المالية فنفذ العقد فيه لكنه متعيب فيرجع بنقصانه عند تعذر رده وصار كما اذا اشترى جارية حاملا فماتت في يده بالولادة فانه يرجع بفضل ما بين قيمتها حاملا الى غير حامل وله ان سبب الوجوب في يد البائع والوجوب يفضي الى الوجود فيكون الوجود مضافا الى السبب السابق وصار كما اذا قتل المغصوب أو قطع بعد الرد بجناية وجدت في يد الغاصب وما ذكر من المسئلة ممنوعة ولو سرق في يد البائع ثم في يد المشتري فقطع بهما عندهما يرجع بالنقصان كما ذكرنا وعنده لا يرده بدون رضا البائع للعيب الحادث ويرجع بربع الثمن وان قبله البائع فبثلاثة الارباع لان اليد من الآدمي نصفه وقد تلفت بالجنايتين وفي احداهما رجوع فيتنصف ولو تداولته الايدي ثم قطع في يد الاخير رجع الباعة بعضهم على بعض عنده كما في الاستحقاق وعندهما يرجع الاخير على بائعه ولا يرجع بائعه على بائعه لانه بمنزلة العيب وقوله (في الكتاب ولم يعلم المشتري) يفيد على مذهبهما لان العلم بالعيب رضا به ولا يفيد على قوله في الصحيح لان العلم بالاستحقاق لا يمنع الرجوع قال (ومن باع عبدا وشرط البراءة من كل عيب فليس له ان يرده بعيب وان لم يسم العيوب بعددها) وقال الشافعي لا تصح البراءة بناء على مذهبه ان الابراء عن الحقوق المجهولة لا يصح هو يقول ان في الابراء معنى التمليك حتى يرتد بالرد وتمليك المجهول لا يصح ولنا ان الجهالة في الاسقاط لا تفضي الى المنازعة وان كان في ضمنه التمليك لعدم الحاجة الى التسليم فلا تكون مفسدة ويدخل في هذه البراءة العيب الموجود والحادث قبل القبض في قول أبي يوسف وقال محمد رحمهما الله لا يدخل فيه الحادث وهو قول زفر لان البراءة

تتناول الثابت ولابى يوسف ان العرض الزام العقد باسقاط حقه عن صفة السلامه وذلك بالبراءة عن الموجود والحادث

﴿باب البيع الفاسد﴾

(واذا كان أحد العوضين أو كلاهما محرما فالبيع فاسد كالبيع بالميتة والدم والخمر والخنزير وكذا اذا كان غير مملوك كالحر) قال العبد الضعيف هذه فصول جمعها وفيها تفصيل نبينه ان شاء الله تعالى فنقول البيع بالميتة والدم باطل وكذا بالحر لانعدام ركن البيع وهو مبادلة المال بالمال فان هذه الاشياء لا تعد مالا عند أحد والبيع بالخمر والخنزير فاسد لوجود حقيقة البيع وهو مبادلة المال بالمال فانه مال عند البعض والباطل لا يفيد ملك التصرف ولو هلك المبيع فى يد المشترى فيه يكون امانة عند بعض المشايخ لان العقد غير معتبر فبقى القبض باذن المالك وعند البعض يكون مضمونا لانه لا يكون أدنى حالا من المقبوض على سوم الشراء وقيل الاول قول أبى حنيفة والثانى قولهما كما فى بيع أم الولد والمدبر على ما نبينه ان شاء الله تعالى والفاسد يفيد الملك عند اتصال القبض به ويكون المبيع مضمونا فى يد المشترى فيه وفيه خلاف الشافعى رحمه الله وسنبينه بعد ان شاء الله تعالى وكذا بيع الميتة والدم والحر باطل لانها ليست أموالا فلا تكون محلا للمبيع واما بيع الخمر والخنزير ان كان قوبل بالدين كالدراهم والدنانير فالبيع باطل وان كان قوبل بعين فالبيع فاسد حتى يملك ما يقابله وان كان لا يملك عين الخمر والخنزير ووجه الفرق أن الخمر مال وكذا الخنزير مال عند أهل الذمة الا انه غير متقوم لما أن الشرع أمر باهانته وترك أعزازه وفى تملكه بالعقد مقصودا اعزازله وهذا لانه متى اشتراهما بالدراهم فالدراهم غير مقصودة لكونها وسيلة لما أنها تجب فى الذمة وانما المقصود الخمر فسقط التقوم أصلا بخلاف ما اذا اشترى الثوب بالخمر لان المشترى للثوب انما يقصد تملك الثوب بالخمر وفيه اعزاز الثوب دون الخمر فبقى ذكر الخمر معتبرا فى تملك الثوب لا فى حق نفس الخمر حتى فسدت التسمية ووجبت قيمة الثوب دون الخمر وكذا اذا باع الخمر بالثوب لانه يعتبر شراء الثوب بالخمر لكونه مقايضة قال (وبيع أم الولد والمدبر والمكاتب فاسد) ومعناه باطل لان استحقاق العتق قد ثبت لام الولد لقوله عليه السلام أعتقها ولدها وسبب الحرية انعقد فى حق المدبر فى الحال لبطلان الاهلية بعد الموت والمكاتب استحق يدا على نفسه لازمة فى حق المولى ولو ثبت الملك بالبيع لبطل ذلك كله فلا يجوز ولو رضى المكاتب بالبيع ففيه روايتان والاظهر الجواز والمراد المدبر المطلق دون المقيد وفى المطلق خلاف الشافعى وقد ذكرناه فى العتاق قال (وان ماتت أم الولد أو المدبر فى يد المشترى فلا ضمان عليه عند أبى حنيفة رحمه الله وقالا

عليه قيمتهما) وهو رواية عنه لهما أنه مقبوض بجهة البيع فيكون مضمونا عليه كسائر
الاموال وهذا لان المدبر وأم الولد يدخلان تحت البيع حتى يملك ما يضم اليهما فى البيع
بخلاف المكاتب لانه فى يد نفسه فلا يتحقق فى حقه القبض وهذا الضمان بالقبض وله أن
جهة البيع انما تلحق بحقيقته فى محل يقبل الحقيقة وهما لا يقبلان حقيقة البيع فصارا
كالمكاتب وليس دخولهما فى المبيع فى حق أنفسهما وانما ذلك ليثبت حكم البيع فيما ضم
اليهما فصار كمال المشترى لا يدخل فى حكم عقده بانفراده وانما يثبت حكم الدخول فيما ضمه
اليه كذا هذا قال (ولا يجوز بيع السمك قبل أن يصطاد) لانه باع ما لا يملكه (ولا فى حظيرة
اذا كان لا يؤخذ الا بصيد) لانه غير مقدور التسليم ومعناه اذا أخذه ثم ألقاه فيها ولو كان يؤخذ
من غيره حيلة جاز الا اذا اجتمعت فيها بانفسها ولم يسد عليها المدخل لعدم الملك قال (ولا بيع
الطير فى الهواء) لانه غير مملوك قبل الاخذ وكذا لو أرسله من يده لانه غير مقدور التسليم
(ولا بيع الحمل ولا النتاج) لنهى النبى عن بيع الحبل وحبل الحبلة ولان فيه غررا قال (ولا اللبن
فى الضرع) للغرر فعساه الانتفاخ ولانه ينازع فى كيفية الحلب وربما يزداد فيختلط المبيع بغيره
قال (ولا الصوف على ظهر الغنم) لانه من أوصاف الحيوان ولانه ينبت من أسفل فيختلط المبيع
بغيره بخلاف القوائم لانها تزيد من أعلى وبخلاف القصيل لانه يمكن قلعه والقطع فى الصوف
متعين فيقع التنازع فى موضع القطع وقد صح انه عليه السلام نهى عن بيع الصوف على ظهر
الغنم وعن لبن فى ضرع وسمن فى لبن وهو حجة على أبى يوسف فى هذا الصوف حيث جوز بيعه
فيما يروى عنه قال (وجذع فى سقف وذراع من ثوب ذكرا القطع أو لم يذكراه) لانه لا يمكن
تسليمه الا بضرر بخلاف ما اذا باع عشرة دراهم من نقرة فضة لانه لا ضرر فى تبعيضه ولو لم
يكن معينا لا يجوز لما ذكرنا وللجهالة أيضا ولو قطع البائع الذراع أو قلع الجذع قبل أن يفسخ
المشترى يعود صحيحا لزوال المفسد بخلاف ما اذا باع النوى فى التمر والبذر فى البطيخ حيث
لا يكون صحيحا وان شقهما وأخرج المبيع لان فى وجودهما احتمالا أما الجذع فعين موجود قال
(وضربة القانص) وهو ما يخرج من الصيد بضرب الشبكة مرة لانه مجهول ولان فيه غررا قال
(وبيع المزابنة وهو بيع الثمر على النخيل بتمر مجذوذ مثل كيله خرصا) لانه عليه السلام نهى
عن المزابنة والمحاقلة فالمزابنة ما ذكرنا والمحاقلة بيع الحنطة فى سنبلها بحنطة مثل كيلها خرصا
ولانه باع مكيلا بمكيل من جنسه فلا يجوز بطريق الخرص كما اذا كانا موضوعين على الارض وكذا
العنب بالزبيب على هذا وقال الشافعى يجوز فيما دون خمسة أوسق لانه عليه السلام نهى عن
المزابنة ورخص فى العرايا وهو أن يباع بخرصها تمرا فيما دون خمسة أوسق قلنا العرية العطية لغة

وتأويله أن يبيع المعرى له ما على النخيل من المعرى بتمر مجذوذ وهو بيع مجاز الا انه لم يملكه فيكون برا مبتدأ قال (ولا يجوز البيع بالقاء الحجر والملامسة والمنابذة) وهذه بيوع كانت فى الجاهلية وهو أن يتراوض الرجلان على سلعة أى يتساومان فاذا لمسها المشترى أو نبذها اليه البائع أو وضع المشترى عليها حصاة لزم البيع فالاول بيع الملامسة والثانى بيع المنابذة والثالث القاء الحجر وقد نهى عليه السلام عن بيع الملامسة والمنابذة ولان فيه تعليقا بالخطر قال (ولا يجوز بيع ثوب من ثوبين) لجهالة المبيع ولو قال على أنه بالخيار أن يأخذ أيهما شاء جاز البيع استحسانا وقد ذكرناه بفروعه قال (ولا يجوز بيع المراعى ولا اجارتها) والمراد الكلأ أما البيع فلانه ورد على مالا يملكه لاشتراك الناس فيه بالحديث وأما الاجارة فلانها عقدت على استهلاك عين مباح ولو عقدت على استهلاك عين مملوك بان استأجر بقرة ليشرب لبنها لا يجوز فهذا أولى قال (ولا يجوز بيع النحل) وهذا عند أبى حنيفة وأبى يوسف وقال محمد لا يجوز اذا كان محرزا وهو قول الشافعى لانه حيوان منتفع به حقيقة وشرعا فيجوز بيعه وان كان لا يؤكل كالبغل والحمار ولهما أنه من الهوام فلا يجوز بيعه كالزنابير والانتفاع بما يخرج منه لا بعينه فلا يكون منتفعا به قبل الخروج حتى لو باع كوارة فيها عسل بما فيها من النحل يجوز تبعا له كذا ذكره الكرخى (ولا يجوز بيع دود القز عند ابى حنيفة لانه من الهوام وعند أبى يوسف يجوز اذا ظهر فيه القز تبعا له وعند محمد يجوز كيفما كان لكونه منتفعا به ولا يجوز بيع بيضه عند أبى حنيفة وعندهما يجوز) لمكان الضرورة وقيل أبو يوسف مع أبى حنيفة كما فى دود القز والحمام اذا علم عددها وأمكن تسليمها جاز بيعها لانه مال مقدور التسليم (ولا يجوز بيع الآبق) لنهى النبى عليه السلام عنه ولانه لا يقدر على تسليمه (الا أن يبيعه من رجل زعم أنه عنده) لان المنهى عنه بيع آبق مطلق وهو أن يكون آبقا فى حق المتعاقدين وهذا غير آبق فى حق المشترى ولانه اذا كان عند المشترى انتفى العجز عن التسليم وهو المانع ثم لا يصير قابضا بمجرد العقد اذا كان فى يده وكان أشهد عند أخذه لانه أمانة عنده وقبض الامانة لا ينوب عن قبض البيع ولو كان لم يشهد يجب أن يصير قابضا لانه قبض غصب ولو قال هو عند فلان فبعه منى فباعه لا يجوز لانه آبق فى حق المتعاقدين ولانه لا يقدر على تسليمه ولو باع الآبق ثم عاد من الاباق لا يتم ذلك العقد لانه بيع باطل لانعدام المحلية كبيع الطير فى الهواء وعن أبى حنيفة أنه يتم العقد اذ لم يفسخ لان العقد انعقد لقيام المالية والمانع قد ارتفع وهو العجز عن التسليم كما اذا أبق بعد البيع وهكذا يروى عن محمد قال (ولا يجوز بيع لبن امرأة فى قدح) وقال الشافعى يجوز بيعه لانه مشروب طاهر ولنا أنه جزء الآدمى وهو بجميع أجزائه مكرم مصون عن الابتذال بالبيع ولا فرق فى ظاهر

الرواية بين ابن الحرة والامة وعن أبي يوسف رحمه الله أنه يجوز بيع ابن الامة لانه يجوز ايراد العقد على نفسها فكذا على جزئها قلنا الرق قد حل نفسها فاما اللبن فلا رق فيه لانه يختص بمحل يتحقق فيه القوة التي هي ضده وهو الحي ولا حياة في اللبن قال (ولا يجوز بيع شعر الخنزير) لانه نجس العين فلا يجوز بيعه اهانة له ويجوز الانتفاع به للخرز للضرورة فان ذلك العمل لا يتأتى بدونه ويوجد مباح الاصل فلا ضرورة الى البيع ولو وقع في الماء القليل أفسده عند أبي يوسف وعند محمد رحمه الله لا يفسده لان اطلاق الانتفاع به دليل طهارته ولابي يوسف ان الاطلاق للضرورة فلا يظهر الا في حالة الاستعمال وحالة الوقوع تغايرها (ولا يجوز بيع شعور الانسان ولا الانتفاع بها) لان الآدمي مكرم لا مبتذل فلا يجوز أن يكون شئ من أجزائه مهانا مبتذلا وقد قال عليه السلام لعن الله الواصلة والمستوصلة الحديث وانما يرخص فيما يتخذ من الوبر فيزيد في قرون النساء وذوائبهن قال (ولا بيع جلود الميتة قبل أن تدبغ) لانه غير منتفع به وقال عليه السلام لا تنتفعوا من الميتة باهاب وهو اسم لغير المدبوغ على ما مر في كتاب الصلاة (ولا بأس ببيعها والانتفاع بها بعد الدباغ) لانها طهرت بالدباغ وقد ذكرناه في كتاب الصلاة (ولا بأس ببيع عظام الميتة وعصبها وصوفها وقرنها وشعرها ووبرها والانتفاع بذلك كله) لانها طاهرة لا يحلها الموت لعدم الحياة وقد قررناه من قبل والفيل كالخنزير نجس العين عند محمد وعندهما بمنزلة السباع حتى يباع عظمه وينتفع به قال (واذا كان السفل لرجل وعلوه لآخر فسقطا أو سقط العلو وحده فباع صاحب العلو علوه لم يجز) لان حق التعلي ليس بمال لان المال ما يمكن احرازه والمال هو المحل للبيع بخلاف الشرب حيث يجوز بيعه تبعا للارض باتفاق الروايات ومنفردا في رواية وهو اختيار مشايخ بلخ لانه حظ من الماء ولهذا يضمن بالاتلاف وله قسط من الثمن على ما نذكره في كتاب الشرب قال (وبيع الطريق وهبته جائز وبيع مسيل الماء وهبته باطل) والمسئلة تحتمل وجهين بيع رقبة الطريق والمسيل وبيع حق المرور والتسييل فان كان الاول فوجه الفرق بين المسئلتين ان الطريق معلوم لان له طولا وعرضا معلوما وأما المسيل فمجهول لانه لا يدرى قدر ما يشغله من الماء وان كان الثاني ففي بيع حق المرور روايتان ووجه الفرق على احداهما بينه وبين حق التسييل ان حق المرور معلوم لتعلقه بمحل معلوم وهو الطريق أما المسيل على السطح فهو نظير حق التعلي وعلى الارض مجهول لجهالة محله ووجه الفرق بين حق المرور وحق التعلي على احدى الروايتين ان حق التعلي يتعلق بعين لا تبقى وهو البناء فاشبه المنافع أما حق المرور يتعلق بعين تبقى وهو الارض فاشبه الاعيان قال (ومن باع جارية فاذا هو غلام فلا بيع بينهما بخلاف ما اذا باع كبشا فاذا هو نعجة حيث ينعقد البيع

ويتخير والفرق يبتنى على الاصل الذى ذكرناه فى النكاح لمحمد وهو ان الاشارة مع التسمية اذا اجتمتا فى مختلفى الجنس يتعلق العقد بالمسمى و يبطل لانعدامه وفى متحدى الجنس يتعلق بالمشار اليه و ينعقد لوجوده و يتخير لفوات الوصف كمن اشترى عبدا على أنه خباز فاذا هو كاتب وفى مسئلتنا الذكر والانثى من بنى آدم جنسان للتفاوت فى الاغراض وفى الحيوانات جنس واحد للتقارب فيها وهو المعتبر فى هذا دون الاصل كالخل والدبس جنسان والوذارى والزندنيجى على ماقالوا اجنسان مع اتحاد أصلهما قال (ومن اشترى جارية بالف درهم حالة أو نسيئة فقبضها ثم باعها من البائع بخمسمائة قبل أن ينقد الثمن الاول لايجوز البيع الثانى) وقال الشافعى يجوز لان الملك قد تم فيها بالقبض فصار البيع من البائع ومن غيره سواء وصار كما لو باع بمثل الثمن الاول أو بالزيادة أو بالعرض ولنا قول عائشة لتلك المرأة وقد باعت بستمائة بعد ما اشترت بثمانمائة بئسما شريت واشتريت ابلغى زيدا بن أرقم ان الله تعالى ابطل حجه وجهاده مع رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم ان لم يتب ولان الثمن لم يدخل فى ضمانه فاذا وصل اليه المبيع ووقعت المقاصة بقى له فضل خمسمائة وذلك بلا عوض بخلاف ما اذا باع بالعرض لان الفضل انما يظهر عند المجانسة قال (ومن اشترى جارية بخمسمائة ثم باعها واخرى معها من البائع قبل أن ينقد الثمن بخمسمائة فالبيع جائز فى التى لم يشترها من البائع و يبطل فى الاخرى) لانه لابد أن يجعل بعض الثمن بمقابلة التى لم يشترها منه فيكون مشتريا للاخرى باقل مما باع وهو فاسد عندنا ولم يوجد هذا المعنى فى صاحبتها ولا يشيع الفساد لانه ضعيف فيها لكونه مجتهدا فيه اولانه باعتبار شبهة الربا اولانه طارئ لانه يظهر بانقسام الثمن أو المقاصة فلا يسرى الى غيرها قال (من اشترى زيتا على أن يزنه بظرفه فيطرح عنه مكان كل ظرف خمسين رطلا فهو فاسد وان اشترى على أن يطرح عنه بوزن الظرف جاز) لان الشرط الاول لايقتضيه العقد والثانى يقتضيه قال (ومن اشترى سمنا فى زق فرد الظرف وهو عشرة أرطال فقال البائع الزق غير هذا وهو خمسة أرطال فالقول قول المشترى) لانه ان اعتبر اختلافا فى تعيين الزق المقبوض فالقول قول القابض ضمينا كان أو أمينا وان اعتبر اختلافا فى السمن فهو فى الحقيقة اختلاف فى الثمن فيكون القول قول المشترى لانه ينكر الزيادة قال (واذا أمر المسلم نصرانيا ببيع خمر او بشرائها ففعل ذلك جاز عند أبى حنيفة وقالا لايجوز على المسلم) وعلى هذا الخلاف الخنزير وعلى هذا توكيل المحرم غيره ببيع صيده لهما ان الموكل لا يليه فلا يوليه غيره ولان ما يثبت للوكيل ينتقل الى الموكل فصار كانه باشره بنفسه فلا يجوز ولابى حنيفة ان العاقد هو الوكيل باهليته وولايته وانتقال الملك الى الآمر أمر حكمى فلا يمتنع بسبب الاسلام كما اذا ورثهما ثم ان كان خمرا يخللها وان كان خنزيرا

بسببه قال (ومن باع عبدا على أن يعتقه المشتري أو يدبره أو يكاتبه أو أمة على أن يستولدها
فالبيع فاسد) لان هذا بيع وشرط وقد نهى النبي صلى الله عليه وآله وسلم عن بيع وشرط ثم
جملة المذهب فيه أن يقال كل شرط يقتضيه العقد كشرط الملك للمشتري لا يفسد العقد لثبوته
بدون الشرط وكل شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لاحد المتعاقدين أو للمعقود عليه وهو من
أهل الاستحقاق يفسده كشرط أن لا يبيع المشتري العبد المبيع لان فيه زيادة عارية عن
العوض فيؤدي الى الربا أو لانه يقع بسببه المنازعة فيعرى العقد عن مقصوده الا أن يكون
متعارفا لان العرف قاض على القياس ولو كان لا يقتضيه العقد ولا منفعة فيه لاحد لا يفسده
وهو الظاهر من المذهب كشرط أن لا يبيع المشتري الدابة المبيعة لانه انعدمت المطالبة
فلا يؤدي الى الربا ولا الى المنازعة اذا ثبت هذا نقول ان هذه الشروط لا يقتضيها العقد لان
قضيته الاطلاق في التصرف والتخيير لا الالزام حتما والشرط يقتضي ذلك وفيه منفعة للمعقود
عليه والشافعي رحمه الله وان كان يخالفنا في العتق ويقيسه على بيع العبد نسمة فالحجة عليه
ماذكرنا وتفسير البيع نسمة أن يباع ممن يعلم أنه يعتقه لا ان يشترط فيه فلو أعتقه المشتري
بعدما اشتراه بشرط العتق صح البيع حتى يجب عليه الثمن عند أبي حنيفة وقالا يبقى فاسدا حتى
يجب عليه القيمة لان البيع قد وقع فاسدا فلا ينقلب جائزا كما اذا تلف بوجه آخر ولابي حنيفة
رحمه الله ان شرط العتق من حيث ذاته لا يلائم العقد على ماذكرناه ولكن من حيث حكمه
يلائمه لانه منه للملك والشئ بانتهائه يتقرر ولهذا لا يمنع العتق الرجوع بنقصان العيب فاذا تلف
من وجه آخر لم تتحقق الملائمة فيتقرر الفساد واذا وجد العتق تحققت الملائمة فيرجح جانب
الجواز فكان الحال قبل ذلك موقوفا قال (وكذلك لو باع عبدا على أن يستخدمه البائع شهرا
أو دارا على أن يسكنها أو على أن يقرضه المشتري درهما أو على أن يهدي له هدية) لانه شرط
لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لاحد المتعاقدين ولانه عليه السلام نهى عن بيع وسلف ولانه لو كان
الخدمة والسكنى يقابلهما شئ من الثمن يكون اجارة في بيع ولو كان لا يقابلهما يكون اعارة في بيع
وقد نهى النبي عليه السلام عن صفقتين في صفقة قال (ومن باع عينا على أن لا يسلمه الى رأس
الشهر فالبيع فاسد) لان الاجل في المبيع العين باطل فيكون شرطا فاسدا وهذا لان الاجل
شرع ترفيها فيليق بالديون دون الاعيان قال (ومن اشترى جارية الا حملها فالبيع فاسد)
والاصل ان ما لا يصلح افراده بالعقد لا يصلح استثناؤه من العقد والحمل من هذا القبيل
وهذا لانه بمنزلة أطراف الحيوان لاتصاله به خلقة وبيع الاصل يتناولها فالاستثناء يكون
على خلاف الموجب فلم يصح فيصير شرطا فاسدا والبيع يبطل به والكتابة والاجارة والرهن

بمنزلة البيع لانها تبطل بالشروط الفاسدة غير ان المفسد فى الكتابة ما يتمكن فى صلب العقد
منها والهبة والصدقة والنكاح والخلع والصلح عن دم العمد لا تبطل باستثناء الحمل بل يبطل
الاستثناء لان هذه العقود لا تبطل بالشروط الفاسدة وكذا الوصية لا تبطل به لكن
يصح الاستثناء حتى يكون الحمل ميراثا والجارية وصية لان الوصية أخت الميراث والميراث
يجرى فيما فى البطن بخلاف ما اذا استثنى خدمتها لان الميراث لا يجرى فيها قال (ومن اشترى ثوبا
على أن يقطعه البائع ويخيطه قميصا أو قباء فالبيع فاسد) لانه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة
لاحد المتعاقدين ولانه يصير صفقة فى صفقة على مامر قال (ومن اشترى نعلا على أن يحذوه
البائع أو يشركه فالبيع فاسد) قال العبد الضعيف ماذكره جواب القياس ووجهه ما بيننا وفى
الاستحسان يجوز للتعامل فيه فصار كصبغ الثوب وللتعامل جوزنا الاستصناع قال (والبيع الى
النيروز والمهرجان وصوم النصارى وفطر اليهود اذا لم يعرف المتبايعان ذلك فاسد) لجهالة
الاجل وهى مفضية الى المنازعة فى البيع لابتنائهما على المماكسة الا اذا كانا يعرفانه لكونه معلوما
عندهما أو كان التأجيل الى فطر النصارى بعد ما شرعوا فى صومهم لان مدة صومهم معلومة
بالايام فلا جهالة فيه قال (ولا يجوز البيع الى قدوم الحاج) وكذلك الى الحصاد والدياس والقطاف
والجزاز لانها تتقدم وتتأخر ولو كفل الى هذه الاوقات جاز لان الجهالة اليسيرة متحملة فى الكفالة
وهذه الجهالة يسيرة مستدركة لاختلاف الصحابة فيها ولانه معلوم الاصل ألا ترى أنها تحتمل
الجهالة فى أصل الدين بان تكفل بما ذاب على فلان ففى الوصف أولى بخلاف البيع فانه لا يحتملها
فى أصل الثمن فكذا فى وصفه بخلاف ما اذا باع مطلقا ثم أجل الثمن الى هذه الاوقات حيث جاز
لان هذا تأجيل فى الدين وهذه الجهالة فيه متحملة بمنزلة الكفالة ولا كذلك اشتراطه فى أصل
العقد لانه يبطل بالشرط الفاسد (ولو باع الى هذه الآجال ثم تراضيا باسقاط الاجل قبل أن
يأخذ الناس فى الحصاد والدياس وقبل قدوم الحاج جاز البيع أيضا وقال زفر لا يجوز لانه وقع
فاسدا فلا ينقلب جائزا وصار كاسقاط الاجل فى النكاح الى أجل) ولنا ان الفساد للمنازعة وقد
ارتفع قبل تقرره وهذه الجهالة فى شرط زائد لا فى صلب العقد فيمكن اسقاطه بخلاف ما اذا باع
الدرهم بالدرهمين ثم اسقطا الدرهم الزائد لان الفساد فى صلب العقد وبخلاف النكاح الى أجل لانه
متعة وهو عقد غير عقد النكاح وقوله فى الكتاب ثم تراضيا خرج وفاقا لان من له الاجل يستبد
باسقاطه لانه خالص حقه قال (ومن جمع بين حر وعبد او شاة ذكية وميتة بطل البيع فيهما)
وهذا عند أبى حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد ان سمى لكل واحد منهما ثمنا جاز فى العبد والشاة
الذكية (وان جمع بين عبد ومدبر أو بين عبده وعبد غيره صح البيع فى العبد بحصته من الثمن)

عند علمائنا الثلاثة وقال زفر فسد فيهما وتروك السمية عامد كالميتة والمكاتب وام الولد كالمدبر
له الاعتبار بالفصل الاول اذ محلية البيع منتفية بالاضافة الى الكل ولهما ان الفساد بقدر
المفسد فلا يتعدى الى القن كمن جمع بين الاجنبية واخته فى النكاح بخلاف ما اذا لم يسم ثمن كل
واحد منهما لانه مجهول ولابى حنيفة وهو المفرق بين الفصلين ان الحر لا يدخل تحت العقد أصلا
لانه ليس بمال والبيع صفقة واحدة فكان القبول فى الحر شرطا للبيع فى العبد وهذا شرط فاسد
بخلاف النكاح لانه لا يبطل بالشروط الفاسدة وأما البيع فى هؤلاء موقوف وقد دخلوا تحت العقد
لقيام المالية ولهذا ينفذ فى عبد الغير باجازته وفى المكاتب برضاه فى الاصح وفى المدبر بقضاء
القاضى وكذا فى أم الولد عند أبى حنيفة وأبى يوسف الا ان المالك باستحقاقه المبيع وهؤلاء
باستحقاقهم أنفسهم ردوا البيع فكان هذا اشارة الى البقاء كما اذا اشترى عبدين وهلك أحدهما
قبل القبض وهذا لا يكون شرط القبول فى غير المبيع ولا بيعا بالحصة ابتداء ولهذا لا يشترط بيان
ثمن كل واحد فيه

﴿فصل فى أحكامه﴾ (واذ قبض المشترى المبيع فى البيع الفاسد بامر البائع وفى العقد
عوضان كل واحد منهما مال ملك المبيع ولزمته قيمته) وقال الشافعى لا يملكه وان قبضه لانه
محظور فلا ينال به نعمة الملك ولان النهى نسخ للمشروعية للتضاد ولهذا لا يفيده قبل
القبض وصار كما اذا باع بالميتة أو باع الخمر بالدراهم ولنا ان ركن البيع صدر من أهله مضافا الى
محله فوجب القول بانعقاده ولا خفاء فى الاهلية والمحلية وركنه مبادلة المال بالمال وفيه الكلام
والنهى يقرر المشروعية عندنا لاقتضائه التصور فنفس البيع مشروع وبه تنال نعمة الملك
وانما المحظور ما يجاوره كما فى البيع وقت النداء وانما لا يثبت الملك قبل القبض كيلا يؤدى الى
تقرير الفساد المجاور اذ هو واجب الرفع بالاسترداد فبالامتناع عن المطالبة أولى ولان السبب
قد ضعف لمكان اقترانه بالقبيح فيشترط اعتضاده بالقبض فى افادة الحكم بمنزلة الهبة والميتة
ليست بمال فانعدم الركن ولو كان الخمر مثمنا فقد خرجناه وشئ آخر وهو ان فى الخمر الواجب هو
القيمة وهى تصلح ثمنا لا مثمنا ثم شرط أن يكون القبض باذن البائع وهو الظاهر الا أنه يكتفى
به دلالة كما اذا قبضه فى مجلس العقد استحسانا وهو الصحيح لان البيع تسليط منه على القبض
فاذا قبضه بحضرته قبل الافتراق ولم ينهه كان بحكم التسليط السابق فكذا القبض فى الهبة فى
مجلس العقد يصح استحسانا وشرط أن يكون فى العقد عوضان كل واحد منهما مال ليتحقق
ركن البيع وهو مبادلة المال بالمال فيخرج عليه البيع بالميتة والدم والحر والريح والبيع مع
نفى الثمن وقوله لزمته قيمته فى ذوات القيم فاما فى ذوات الامثال فيلزمه المثل لانه مضمون

بنفسه بالقبض فشابه الغصب وهذا لان المثل صورة ومعنى اعدل من المثل معنى قال (ولكل
واحد من المتعاقدين فسخه) رفعا للفساد وهذا قبل القبض ظاهر لانه لم يفد حكمه فيكون
الفسخ امتناعا منه وكذا بعد القبض اذا كان الفساد في صلب العقد لقوته وان كان الفساد بشرط
زائد فلمن له الشرط ذلك دون من عليه لقوة العقد الا انه لم تتحقق المراضاة في حق من له
الشرط قال (فان باعه المشترى نفذ بيعه) لانه ملكه فملك التصرف فيه وسقط حق الاسترداد
لتعلق حق العبد بالثاني ونقض الاول لحق الشرع وحق العبد مقدم لحاجته ولان الاول مشروع
باصله دون وصفه والثاني مشروع باصله ووصفه فلا يعارضه مجرد الوصف ولانه حصل بتسليط
من جهة البائع بخلاف تصرف المشترى في الدار المشفوعة لان كل واحد منهما حق العبد
ويستويان في المشروعية وما حصل بتسليط من الشفيع قال (ومن اشترى عبدا بخمر او
خنزير فقبضه واعتقه او باعه او وهبه وسلمه فهو جائز وعليه القيمة) لما ذكرنا انه ملكه
بالقبض فتنفذ تصرفاته وبالاعتاق قد هلك فتلزمه القيمة وبالبيع والهبة انقطع الاسترداد على
ما مر والكتابة والرهن نظير البيع لانهما لازمان الا انه يعود حق الاسترداد بعجز المكاتب وفك
الرهن لزوال المانع وهذا بخلاف الاجارة لانها تفسخ بالاعذار ورفع الفساد عذر ولانها تنعقد
شيأ فشيأ فيكون الرد امتناعا قال (وليس للبائع في البيع الفاسد ان يأخذ المبيع حتى يرد الثمن)
لان المبيع مقابل به فيصير محبوسا به كالرهن (وان مات البائع فالمشترى احق به حتى يستوفي
الثمن) لانه يقدم عليه في حياته فكذا على ورثته وغرمائه بعد وفاته كالراهن ثم ان كانت دراهم
الثمن قائمة يأخذها بعينها لانها تتعين في البيع الفاسد وهو الاصح لانه بمنزلة الغصب وان كانت
مستهلكة اخذ مثلها لما بينا قال (ومن باع دارا بيعا فاسدا فبناها المشترى فعليه قيمتها عند ابي
حنيفة رحمه الله) رواه يعقوب عنه في الجامع الصغير ثم شك بعد ذلك في الرواية (وقالا ينقض البناء
وترد الدار) والغرس على هذا الاختلاف لهما ان حق الشفيع اضعف من حق البائع حتى
يحتاج فيه الى القضاء ويبطل بالتأخير بخلاف حق البائع ثم اضعف الحقين لا يبطل بالبناء
فاقواهما اولى وله ان البناء والغرس مما يقصد به الدوام وقد حصل بتسليط من جهة البائع
فينقطع حق الاسترداد كالبيع بخلاف حق الشفيع لانه لم يوجد منه التسليط ولهذا لا يبطل بهبة
المشترى وبيعه فكذا ببنائه وشك يعقوب في حفظه الرواية عن ابي حنيفة رحمه الله وقد نص محمد
على الاختلاف في كتاب الشفعة فان حق الشفعة مبنى على انقطاع حق البائع بالبناء وثبوته على
الاختلاف قال (ومن اشترى جارية بيعا فاسدا وتقابضا فباعها وربح فيها تصدق بالربح ويطيب
للبائع ما ربح في الثمن) والفرق ان الجارية مما يتعين فيتعلق العقد بها فيتمكن الخبث في الربح

والدراهم والدنانير لا يتعينان في العقود فلم يتعلق العقد الثاني بعينها فلم يتمكن الخبث فلا يجب التصدق وهذا في الخبث الذي سببه فساد الملك أما الخبث لعدم الملك فعند أبي حنيفة رحمه الله ومحمد يشمل النوعين لتعلق العقد فيما يتعين حقيقة وفيما لا يتعين شبهة من حيث أنه يتعلق به سلامة المبيع أو تقدير الثمن وعند فساد الملك تنقلب الحقيقة شبهة والشبهة تنزل إلى شبهة الشبهة والشبهة هي المعتبرة دون النازل عنها قال (وكذا إذا ادعى على آخر مالا فقضاه إياه ثم تصادقا أنه لم يكن عليه شيء وقد ربح المدعي في الدراهم يطيب له الربح) لأن الخبث لفساد الملك ههنا لأن الدين وجب بالتسمية ثم استحق بالتصادق وبدل المستحق مملوك فلا يعمل فيما لا يتعين

(فصل فيما يكره) قال (ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن النجش) وهو أن يزيد في الثمن ولا يريد الشراء ليرغب غيره قال عليه السلام لا تناجشوا قال (وعن السوم على سوم غيره) قال عليه السلام لا يستام الرجل على سوم أخيه ولا يخطب على خطبة أخيه ولأن في ذلك إيحاشا وإضرارا وهذا إذا تراضى المتعاقدان على مبلغ ثمن في المساومة أما إذا لم يركن أحدهما إلى الآخر فهو بيع من يزيد ولا بأس به على ما نذكره وما ذكرناه محمل النهي في النكاح أيضا قال (وعن تلقي الجلب) وهذا إذا كان يضر بأهل البلد فإن كان لا يضر فلا بأس به إلا إذا لبس السعر على الواردين فحينئذ يكره لما فيه من الغرر والضرر قال (وعن بيع الحاضر للبادي) فقد قال عليه السلام لا يبيع الحاضر للبادي وهذا إذا كان أهل البلدة في قحط وعوز وهو أن يبيع من أهل البدو طمعا في الثمن الغالي لما فيه من الإضرار بهم أما إذا لم يكن كذلك فلا بأس به لانعدام الضرر قال (والبيع عند أذان الجمعة) قال الله تعالى وذروا البيع ثم فيه إخلال بواجب السعي على بعض الوجوه وقد ذكرنا الأذان المعتبر فيه في كتاب الصلاة قال (كل ذلك يكره) لما ذكرنا (ولا يفسد به البيع) لأن الفساد في معنى خارج زائد لا في صلب العقد ولا في شرائط الصحة قال (ولا بأس ببيع من يزيد) وتفسيره ما ذكرنا وقد صح أن النبي عليه السلام باع قدحا وحلسا ببيع من يزيد ولأنه بيع الفقراء والحاجة ماسة إليه (نوع منه) قال (ومن ملك مملوكين صغيرين أحدهما ذو رحم محرم من الآخر لم يفرق بينهما وكذلك إن كان أحدهما كبيرا) والأصل فيه قوله عليه السلام من فرق بين والدة وولدها فرق الله بينه وبين أحبته يوم القيامة ووهب النبي صلى الله عليه وآله وسلم لعلي رضي الله عنه غلامين أخوين صغيرين ثم قال له ما فعل الغلامان فقال بعت أحدهما فقال عليه السلام أدرك أدرك ويروى اردد اردد ولأن الصغير يستأنس بالصغير وبالكبير والكبير يتعاهده فكان في بيع أحدهما قطع الاستئناس والمنع من التعاهد وفيه ترك المرحمة على الصغار وقد أوعد عليه ثم المنع معلول بالقرابة المحرمة للنكاح

حتى لا يدخل فيه محرم غير قريب ولا قريب غير محرم ولا يدخل فيه الزوجان حتى جاز التفريق بينهما لان النص ورد بخلاف القياس فيقتصر على مورده ولا بد من اجتماعهما في ملكه لما ذكرنا حتى لو كان أحد الصغيرين له والآخر لغيره لا بأس ببيع واحد منهما ولو كان التفريق بحق مستحق لا بأس به كدفع أحدهما بالجناية وبيعه بالدين ورده بالعيب لان المنظور اليه دفع الضرر عن غيره لا الاضرار به قال (فان فرق كره له ذلك وجاز العقد) وعن أبي يوسف رحمه الله أنه لا يجوز في قرابة الولادة ويجوز في غيرها وعنه أنه لا يجوز في جميع ذلك لما روينا فان الامر بالادراك والرد لا يكون الا في البيع الفاسد ولهما أن ركن البيع صدر من أهله في محله وانما الكراهة لمعنى مجاور فشابه كراهة الاستيام (وان كانا كبيرين فلا بأس بالتفريق بينهما) لانه ليس في معنى ما ورد به النص وقد صح أنه عليه السلام فرق بين مارية وسيرين وكانتا أمتين أختين والله أعلم

(باب الاقالة)

(الاقالة جائزة في البيع بمثل الثمن الاول) لقوله عليه السلام من أقال نادما بيعته أقال الله عثرته يوم القيامة ولان العقد حقهما فيملكان رفعه دفعا لحاجتهما (فان شرطا أكثر منه أو أقل فالشرط باطل ويرد مثل الثمن الاول) والاصل أن الاقالة فسخ في حق المتعاقدين بيع جديد في حق غيرهما الا أن لا يمكن جعله فسخا فتبطل وهذا عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف رحمهما الله هو بيع الا أن لا يمكن جعله بيعا فيجعل فسخا الا أن لا يمكن فتبطل وعند محمد رحمه الله هو فسخ الا اذا تعذر جعله فسخا فيجعل بيعا الا أن لا يمكن فتبطل لمحمد رحمه الله ان اللفظ للفسخ والرفع منه يقال أقلني عثراتي فتوفر عليه قضيته واذا تعذر يحمل على محتمله وهو البيع الا ترى أنه بيع في حق الثالث ولابي يوسف رحمه الله أنه مبادلة المال بالمال بالتراضي وهذا هو حد البيع ولهذا يبطل بهلاك السلعة ويرد بالعيب وتثبت به الشفعة وهذه أحكام البيع ولابي حنيفة أن اللفظ ينبئ على الفسخ والرفع كما قلنا والاصل اعمال الالفاظ في مقتضياتها الحقيقية ولا يحتمل ابتداء العقد ليحمل عليه عند تعذره لانه ضده واللفظ لا يحتمل ضده فتعين البطلان وكونه بيعا في حق الثالث أمر ضروري لانه يثبت به مثل حكم البيع وهو الملك لا مقتضى الصيغة اذ لا ولاية لهما على غيرهما اذا ثبت هذا نقول اذا شرط الاكثر فالاقالة على الثمن الاول لتعذر الفسخ على الزيادة اذ رفع ما لم يكن ثابتا محال فيبطل الشرط لان الاقالة لا تبطل بالشروط الفاسدة بخلاف البيع لان الزيادة يمكن اثباتها في العقد فيتحقق الربا أما لا يمكن اثباتها في الرفع وكذا اذا شرط الاقل لما بيناه الا ان يحدث في المبيع عيب فحينئذ جازت الاقالة بالاقل لان الحط يجعل بازاء ما فات بالعيب وعندهما في شرط الزيادة يكون بيعا لان الاصل هو البيع عند أبي يوسف رحمه الله وعند محمد جعله بيعا

ممكن فاذا ارادكان قاصدا بهذا ابتداء البيع وكذا فى شرط الاقل عند ابى يوسف رحمه الله لانه هو الاصل عنده وعند محمد رحمه الله هو فسخ بالثمن الاول لاسكوت عن بعض الثمن الاول ولو سكت عن الكل واقال يكون فسخا فهذا أولى بخلاف ما اذا زاد واذا دخله عيب فهو فسخ بالاقل لما بيناه ولو أقال بغير جنس الثمن الاول فهو فسخ بالثمن الاول عند أبى حنيفة رحمه الله ويجعل التسمية لغوا وعندهما بيع لما بيناه ولو ولدت المبيعة ولدا ثم تقايلا فالاقالة باطلة عنده لان الولد مانع من الفسخ وعندهما تكون بيعا والاقالة قبل القبض فى المنقول وغيره فسخ عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله وكذا عند أبى يوسف رحمه الله فى المنقول لتعذر البيع وفى العقار يكون بيعا عنده لامكان البيع فان بيع العقار قبل القبض جائز عنده قال (وهلاك الثمن لا يمنع صحة الاقالة وهلاك المبيع يمنع عنها) لان رفع البيع يستدعى قيامه وهو قائم بالمبيع دون الثمن (فان هلك بعض المبيع جازت الاقالة فى الباقى) لقيام البيع فيه وان تقايضا تجوز الاقالة بعد هلاك أحدهما ولا تبطل بهلاك أحدهما لان كل واحد منهما مبيع فكان المبيع باقيا والله أعلم بالصواب

﴿باب المرابحة والتولية﴾

قال (المرابحة نقل ماملكه بالعقد الاول بالثمن الاول مع زيادة ربح والتولية نقل ماملكه بالعقد الاول بالثمن الاول من غير زيادة ربح) والبيعان جائزان لاستجماع شرائط الجواز والحاجة ماسة الى هذا النوع من البيع لان الغبى لذى لا يهتدى فى التجارة يحتاج الى أن يعتمد فعل الذكى المهتدى وتطيب نفسه بمثل ما اشترى وبزيادة ربح فوجب القول بجوازهما ولهذا كان مبناهما على الامانة والاحتراز عن الخيانة وعن شبهتها وقد صح أن النبى صلى الله عليه وسلم لما أراد الهجرة ابتاع أبو بكر رضى الله عنه بعيرين فقال له النبى صلى الله عليه وآله وسلم ولنى أحدهما فقال هو لك بغير شئ فقال عليه السلام أما بغير ثمن فلا قال (ولا تصح المرابحة والتولية حتى يكون العوض مما له مثل) لانه اذا لم يكن له مثل لو ملكه ملكه بالقيمة وهى مجهولة (ولو كان المشترى باعه مرابحة ممن يملك ذلك البدل وقد باعه بربح درهم أو بشئ من المكيل موصوف جاز) لانه يقدر على الوفاء بما التزم (وان باعه بربح ده يازده لا يجوز) لانه باعه برأس المال وببعض قيمته لانه ليس من ذوات الامثال (ويجوز أن يضيف الى رأس المال أجرة القصار والطراز والصبغ والفتل وأجرة حمل الطعام) لان العرف جار بالحاق هذه الاشياء برأس المال فى عادة التجار ولان كل ما يزيد فى المبيع أو فى قيمته يلحق به هذا هو الاصل وما عددناه بهذه الصفة لان الصبغ واخواته يزيد فى العين والحمل يزيد فى القيمة اذ القيمة تختلف باختلاف المكان (ويقول قام على بكذا ولا يقول اشتريته بكذا) كيلا يكون كاذبا وسوق الغنم بمنزلة الحمل

بخلاف أجرة الرعي وكري بيت الحفظ لانه لا يزيد في العين والمعنى وبخلاف أجرة التعليم لان ثبوت الزيادة لمعنى فيه وهو حذاقته (فان اطلع المشترى على خيانة في المرابحة فهو بالخيار) عند أبي حنيفة رحمه الله ان شاء أخذه بجميع الثمن وان شاء تركه (وان اطلع على خيانة في التولية اسقطها من الثمن وقال أبو يوسف رحمه الله يحط فيهما وقال محمد رحمه الله يخير فيهما) لمحمد رحمه الله ان الاعتبار للتسمية لكونه معلوما والتولية والمرابحة ترويج وترغيب فيكون وصفا مرغوبا فيه كوصف السلامة فيتخير بفواته ولابي يوسف أن الاصل فيه كونه تولية ومرابحة ولهذا ينعقد بقوله وليتك بالثمن الاول أو بعتك مرابحة على الثمن الاول اذا كان ذلك معلوما فلا بد من البناء على الاول وذلك بالحط غير أنه يحط في التولية قدر الخيانة من رأس المال وفي المرابحة منه ومن الربح ولابي حنيفة رحمه الله أنه لو لم يحط في التولية لا تبقى تولية لانه يزيد على الاول فيتغير التصرف فتعين الحط وفي المرابحة لو لم يحط تبقى مرابحة وان كان يتفاوت الربح فلا يتغير التصرف فامكن القول بالتخيير فلو هلك قبل أن يرده أو حدث فيه ما يمنع الفسخ يلزمه جميع الثمن في الروايات الظاهرة لانه مجرد خيار لا يقابله شيء من الثمن كخيار الرؤية والشرط بخلاف خيار العيب لانه مطالبة بتسليم الفائت فيسقط ما يقابله عند عجزه قال (ومن اشترى ثوبا فباعه بربح ثم اشتراه فان باعه مرابحة طرح عنه كل ربح كان قبل ذلك فان كان استغرق الثمن لم يبعه مرابحة وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا يبيعه مرابحة على الثمن الاخير) صورته اذا اشترى ثوبا بعشرة وباعه بخمسة عشرة ثم اشتراه بعشرة فانه يبيعه مرابحة بخمسة ويقول قام علي بخمسة ولو اشتراه بعشرة وباعه بعشرين مرابحة ثم اشتراه بعشرة لا يبيعه مرابحة أصلا وعندهما يبيعه مرابحة على العشرة في الفصلين لهما أن العقد الثاني عقد متجدد منقطع الاحكام عن الاول فيجوز بناء المرابحة عليه كما اذا تخلل ثالث ولابي حنيفة رحمه الله ان شبهة حصول الربح بالعقد الثاني ثابتة لانه يتأكد به بعد ما كان على شرف السقوط بالظهور على عيب والشبهة كالحقيقة في بيع المرابحة احتياطا ولهذا لم تجز المرابحة فيما أخذ بالصلح لشبهة الحطيطة فيصير كانه اشترى خمسة وثوبا بعشرة فيطرح خمسة بخلاف ما اذا تخلل ثالث لان التأكيد حصل بغيره قال (واذا اشترى العبد المأذون له في التجارة ثوبا بعشرة وعليه دين يحيط برقبته فباعه من المولى بخمسة عشر فانه يبيعه مرابحة على عشرة وكذلك ان كان المولى اشتراه فباعه من العبد) لان في هذا العقد شبهة لعدم لجوازه مع المنافي فاعتبر عدما في حكم المرابحة وبقي الاعتبار للاول فيصير كان العبد اشتراه للمولى بعشرة في الفصل الاول وكانه يبيعه للمولى في الفصل الثاني فيعتبر الثمن الاول قال (واذا كان مع المضارب عشرة دراهم بالنصف فاشترى ثوبا بعشرة وباعه من رب المال بخمسة عشر

فانه

فانه يبيعه مرابحة باثني عشر ونصف) لان هذا البيع وان قضى بجوازه عندنا عند عدم الربح
خلافا لزفر رحمه الله مع انه اشترى ماله بماله لما فيه من استفادة ولاية التصرف وهو مقصود
والانعقاد يتبع الفائدة ففيه شبهة العدم الا ترى انه وكيل عنه في البيع الاول من وجه فاعتبر
البيع الثاني عدما في حق نصف الربح قال (ومن اشترى جارية فاعورت أو وطئها وهي ثيب
يبيعها مرابحة ولا يبين) لانه لم يحتبس عنده شئ يقابله الثمن لان الاوصاف تابعة لا يقابلها
الثمن ولهذا لو فاتت قبل التسليم لا يسقط شئ من الثمن وكذا منافع البضع لا يقابلها الثمن
والمسئلة فيما اذا لم ينقصها الوطء وعن أبي يوسف رحمه الله في الفصل الاول انه لا يبيع من غير
بيان كما اذا احتبس بفعله وهو قول الشافعي رحمه الله (فاما اذا فقأ عينها بنفسه أو فقأها اجنبي
فاخذ ارشها لم يبعها مرابحة حتى يبين) لانه صار مقصودا بالاتلاف فيقابلها شئ من الثمن وكذا
اذا وطئها وهي بكر لان العذرة جزء من العين يقابلها الثمن وقد حبسها (ولو اشترى ثوبا فاصابه
قرض فأر أو حرق نار يبيعه مرابحة من غير بيان ولو تكسر بنشره وطيه لا يبيعه مرابحة حتى
يبين) والمعنى ما بيناه قال (ومن اشترى غلاما بألف درهم نسيئة فباعه بربح مائة ولم يبين فعلم
المشترى فان شاء رده وان شاء قبل) لان للاجل شبها بالمبيع الا يرى أنه يزاد في الثمن لاجل الاجل
والشبهة في هذا ملحقة بالحقيقة فصار كأنه اشترى شيئين وباع أحدهما مرابحة بثمنهما والاقدام
على المرابحة يوجب السلامة عن مثل هذه الخيانة فاذا ظهرت يخير كما في العيب (وان استهلكه
ثم علم لزمه بألف ومائة) لان الاجل لا يقابله شئ من الثمن قال (فان كان ولاه اياه ولم يبين رده ان
شاء) لان الخيانة في التولية مثلها في المرابحة لانه بناء على الثمن الاول (وان كان استهلكه
ثم علم لزمه بألف حالة) لما ذكرناه وعن أبي يوسف أنه يرد القيمة ويسترد كل الثمن وهو نظير
ما اذا استوفى الزيوف مكان الجياد وعلم بعد الانفاق وسيأتيك من بعد ان شاء الله تعالى وقيل يقوم
بثمن حال وبثمن مؤجل فيرجع بفضل ما بينهما ولو لم يكن الاجل مشروطا في العقد ولكنه
منجم معتاد قيل لا بد من بيانه لان المعروف كالمشروط وقيل يبيعه ولا يبينه لان الثمن حال
قال (ومن ولى رجلا شيئا بما قام عليه ولم يعلم المشترى بكم قام عليه فالبيع فاسد) لجهالة الثمن (فان
أعلمه البائع في المجلس فهو بالخيار ان شاء أخذه وان شاء تركه) لان الفساد لم يتقرر فاذا حصل
العلم في المجلس جعل كابتداء العقد وصار كتأخير القبول الى آخر المجلس وبعد الافتراق قد تقرر فلا
يقبل الاصلاح ونظيره بيع الشئ برقمه اذا علم في المجلس وانما يتخير لان الرضا لم يتم قبله لعدم
العلم فيتخير كما في خيار الرؤية (فصل ومن اشترى شيئا مما ينقل ويحول لم يجز له بيعه حتى يقبضه)
لانه عليه السلام نهى عن بيع ما لم يقبض ولان فيه غرر انفساخ العقد على اعتبار الهلاك (ويجوز

بيع العقار قبل القبض عند أبى حنيفة وأبى يوسف وقال محمد لا يجوز) رجوعا الى اطلاق الحديث
واعتبارا بالمنقول وصار كالاجارة ولهما ان ركن البيع صدر من أهله فى محله ولا غرر فيه لان
الهلاك فى العقار نادر بخلاف المنقول والغرر المنهى عنه غرر انفساخ العقد والحديث معلول به
عملا بدلائل الجواز والاجارة قيل على هذا الخلاف ولو سلم فالمعقود عليه فى الاجارة المنافع
وهلاكها غير نادر قال (ومن اشترى مكيلا مكايلة أو موزونا موازنة فاكتاله أو اتزنه ثم باعه
مكايلة أو موازنة لم يجز للمشترى منه أن يبيعه ولا ان ياكله حتى يعيد الكيل والوزن) لان النبى
عليه السلام نهى عن بيع الطعام حتى يجرى فيه صاعان صاع البائع وصاع المشترى ولانه يحتمل
ان يزيد على المشروط وذلك للبائع والتصرف فى مال الغير حرام فيجب التحرز عنه بخلاف ما اذا
باعه مجازفة لان الزيادة له وبخلاف ما اذا باع الثوب مذارعة لان الزيادة له اذ الذرع وصف فى
الثوب بخلاف القدر ولا معتبر بكيل البائع قبل البيع وان كان بحضرة المشترى لانه ليس صاع
البائع والمشترى وهو الشرط ولا بكيله بعد البيع بغيبة المشترى لان الكيل من باب التسليم لان
به يصير المبيع معلوما ولا تسليم الا بحضرته ولو كاله البائع بعد البيع بحضرة المشترى فقد قيل
لا يكتفى به لظاهر الحديث فانه اعتبر صاعين والصحيح أنه يكتفى به لان المبيع صار معلوما بكيل
واحد وتحقق معنى التسليم ومعنى الحديث اجتماع الصفقتين على ما نبين فى باب السلم ان شاء الله
تعالى ولو اشترى المعدود عدا فهو كالمذروع فيما يروى عنهما لانه ليس مال الربا وكالموزون
فيما يروى عن أبى حنيفة رحمه الله لانه لا تحل له الزيادة على المشروط قال (والتصرف فى الثمن
قبل القبض جائز) لقيام المطلق وهو الملك وليس فيه غرر الانفساخ بالهلاك لعدم تعينها بالتعيين
بخلاف المبيع قال (ويجوز للمشترى أن يزيد للبائع فى الثمن ويجوز للبائع ان يزيد للمشترى فى
المبيع ويجوز أن يحط عن الثمن ويتعلق الاستحقاق بجميع ذلك) فالزيادة والحط يلتحقان باصل
العقد عندنا وعند زفر والشافعى لا يصحان على اعتبار الالتحاق بل على اعتبار ابتداء الصلة
لهما انه لا يمكن تصحيح الزيادة ثمنا لانه يصير ملكه عوض ملكه فلا يلتحق باصل العقد وكذلك
الحط لان كل الثمن صار مقابلا بكل المبيع فلا يمكن اخراجه فصار برا مبتدأ ولنا أنهما بالحط
والزيادة يغيران العقد من وصف مشروع الى وصف مشروع وهو كونه رابحا أو خاسرا أو عدلا
ولهما ولاية الرفع فاولى أن يكون لهما ولاية التغيير وصار كما اذا اسقطا الخيار أو شرطاه بعد العقد ثم
اذا صح يلتحق باصل العقد لان وصف الشئ يقوم به لا بنفسه بخلاف حط الكل لانه تبديل
لاصله لا تغيير لوصفه فلا يلتحق به وعلى اعتبار الالتحاق لا تكون الزيادة عوضا عن ملكه
ويظهر حكم الالتحاق فى التولية والمرابحة حتى يجوز على الكل فى الزيادة ويباشر على الباقى فى

الحط وفي الشفعة حتى يأخذ بما بقي في الحط وانما كان للشفيع أن يأخذ بدون الزيادة لما في الزيادة
من ابطال حقه الثابت فلا يملكانه ثم الزيادة لا تصح بعد هلاك المبيع على ظاهر الرواية لان المبيع لم
يبق على حالة يصح الاعتياض عنه والشيء يثبت ثم يستند بخلاف الحط لانه بحال يمكن اخراج
البدل عما يقابله فيلتحق باصل العقد استنادا قال (ومن باع بثمن حال ثم أجله أجلا معلوما صار
مؤجلا) لان الثمن حقه فله ان يؤخره تيسيرا على من عليه الا يرى انه يملك ابراءه مطلقا فكذا
موقتا ولو أجله الى أجل مجهول ان كانت الجهالة متفاحشة كهبوب الريح لا يجوز وان كانت
متقاربة كالحصاد والدياس يجوز لانه بمنزلة الكفالة وقد ذكرناه من قبل قال (وكل دين حال اذا
أجله صاحبه صار مؤجلا) لما ذكرنا (الا القرض) فان تأجيله لا يصح لانه اعارة وصلة في الابتداء
حتى يصح بلفظة الاعارة ولا يملكه من لا يملك التبرع كالوصي والصبي ومعاوضة في الانتهاء فعلى
اعتبار الابتداء لا يلزم التأجيل فيه كما في الاعارة اذ لا جبر في التبرع وعلى اعتبار الانتهاء لا يصح
لانه يصير بيع الدراهم بالدراهم نسيئة وهو ربا وهذا بخلاف ما اذا أوصى ان يقرض من ماله
ألف درهم فلانا الى سنة حيث يلزم الورثة من ثلثه ان يقرضوه ولا يطالبوه قبل المدة لانه
وصية بالتبرع بمنزلة الوصية بالخدمة والسكنى فيلزم حقا للموصى

﴿باب الربا﴾

قال (الربا محرم في كل مكيل أو موزون اذا بيع بجنسه متفاضلا) فالعلة عندنا الكيل مع
الجنس أو الوزن مع الجنس قال رضي الله عنه ويقال القدر مع الجنس وهو أشمل والاصل فيه
الحديث المشهور وهو قوله عليه السلام الحنطة بالحنطة مثلا بمثل يدا بيد والفضل ربا وعد
الاشياء الستة الحنطة والشعير والتمر والملح والذهب والفضة على هذا المثال ويروى
بروايتين بالرفع مثل وبالنصب مثلا ومعنى الاول بيع التمر ومعنى الثاني بيعوا التمر والحكم
معلول باجماع القائسين لكن العلة عندنا ما ذكرناه وعند الشافعي رحمه الله الطعم في المطعومات
والثمنية في الاثمان والجنسية شرط والمساواة مخلص والاصل هو الحرمة عنده لانه نص على
شرطين التقابض والمماثلة وكل ذلك يشعر بالعزة والخطر كاشتراط الشهادة في النكاح فيعلل بعلة
تناسب اظهار الخطر والعزة وهو الطعم لبقاء الانسان به والثمنية لبقاء الاموال التي هي مناط
المصالح بها ولا أثر للجنسية في ذلك فجعلناه شرطا والحكم قد يدور مع الشرط ولنا انه أوجب
المماثلة شرطا في البيع وهو المقصود بسوقه تحقيقا لمعنى البيع اذ هو ينبئ عن التقابل وذلك
بالتماثل أو صيانة لاموال الناس عن التوى أو تتميما للفائدة باتصال التسليم به ثم يلزم عند
فوته حرمة الربا والمماثلة بين الشيئين باعتبار الصورة والمعنى والمعيار يسوي الذات والجنسية

تسوى المبيع فيظهر الفضل على ذلك فيتحقق الربا لان الربا هو الفضل المستحق لاحد المتعاقدين في المعاوضة الخالي عن عوض شرط فيه ولا يعتبر الوصف لانه لا يعد تفاوتا عرفا او لان في اعتباره سد باب البياعات او لقوله عليه السلام جيدها ورديئها سواء والطعم والثمنية من اعظم وجوه المنافع والسبيل في مثلها الاطلاق بابلغ الوجوه لشدة الاحتياج اليها دون التضييق فيه فلا معتبر بما ذكره اذا ثبت هذا نقول اذا بيع المكيل او الموزون بجنسه مثلا بمثل جاز البيع فيه لوجود شرط الجواز وهو المماثلة في المعيار الا ترى الى ما يروى مكان قوله مثلا بمثل كيلا بكيل وفي الذهب بالذهب وزنا بوزن (وان تفاضلا لم يجز) لتحقق الربا (ولا يجوز بيع الجيد بالردىء مما فيه الربا الا مثلا بمثل) لاهدار التفاوت في الوصف (ويجوز بيع الحفنة بالحفنتين والتفاحة بالتفاحتين) لان المساواة بالمعيار ولم يوجد فلم يتحقق الفضل ولهذا كان مضمونا بالقيمة عند الاتلاف وعند الشافعي العلة هي الطعم ولا مخلص وهو المساواة فيحرم وما دون نصف الصاع فهو في حكم الحفنة لانه لا تقدير في الشرع بما دونه ولو تبايعا مكيلا او موزونا غير مطعوم بجنسه متفاضلا كالجص والحديد لا يجوز عندنا لوجود القدر والجنس وعنده يجوز لعدم الطعم والثمنية قال (واذا عدم الوصفان الجنس والمعنى المضموم اليه حل التفاضل والنساء) لعدم العلة المحرمة والاصل فيه الاباحة واذا وجدا حرم التفاضل والنساء لوجود العلة واذا وجد احدهما وعدم الآخر حل التفاضل وحرم النساء مثل ان يسلم هرويا في هروي او حنطة في شعير فحرمة الربا بالفضل بالوصفين وحرمة النساء باحدهما وقال الشافعي الجنس بانفراده لا يحرم النساء لان بالنقدية وعدمها لا يثبت الا شبهة الفضل وحقيقة الفضل غير مانع فيه حتى يجوز بيع الواحد بالاثنين فالشبهة اولى ولنا انه مال الربا من وجه نظرا الى القدر او الجنس والنقدية اوجبت فضلا في المالية فتحقق شبهة الربا وهي مانعة كالحقيقة الا انه اذا اسلم النقود في الزعفران ونحوه يجوز وان جمعهما الوزن لانهما لا يتفقان في صفة الوزن فان الزعفران يوزن بالامناء وهو مثمن يتعين بالتعيين والنقود توزن بالسنجات وهو ثمن لا يتعين بالتعيين ولو باع بالنقود موازنة وقبضها صح التصرف فيها قبل الوزن وفي الزعفران واشباهه لا يجوز فاذا اختلفا فيه صورة ومعنى وحكما لم يجمعهما القدر من كل وجه فتنزل الشبهة فيه الى شبهة الشبهة وهي غير معتبرة قال (وكل شيء نص رسول الله عليه السلام على تحريم التفاضل فيه كيلا فهو مكيل ابدا وان ترك الناس الكيل فيه مثل الحنطة والشعير والتمر والملح وكل ما نص على تحريم التفاضل فيه وزنا فهو موزون ابدا وان ترك الناس الوزن فيه مثل الذهب والفضة) لان النص اقوى من العرف والاقوى لا يترك بالادنى (وما لم ينص عليه فهو محمول

على عادات الناس) لانها دالة وعن أبي يوسف انه يعتبر العرف على خلاف المنصوص عليه
أيضا لان النص على ذلك لمكان العادة فكانت هي المنظور اليها وقد تبدلت فعلى هذا لو باع
الحنطة بجنسها متساويا وزنا أو الذهب بجنسه متماثلا كيلا لا يجوز عندهما وان تعارفوا ذلك
لتوهم الفضل على المعيار فيه كما اذا باع مجازفة الا انه يجوز الاسلام في الحنطة ونحوها وزنا
لوجود الاسلام في معلوم قال (وكل ماينسب الى الرطل فهو وزني) معناه ما يباع بالاواقي لانها
قدرت بطريق الوزن حتى يحتسب مايباع بها وزنا بخلاف سائر المكاييل واذا كان موزونا فلو بيع
بمكيال لا يعرف وزنه بمكيال مثله لا يجوز لتوهم الفضل في الوزن بمنزلة المجازفة قال (وعقد
الصرف ماوقع على جنس الاثمان يعتبر فيه قبض عوضيه في المجلس) لقوله عليه السلام الفضة
بالفضة هاء وهاء معناها يدا بيد وسنبين الفقه في الصرف ان شاء الله تعالى قال (وماسواه مما فيه
الربا يعتبر فيه التعيين ولا يعتبر فيه التقابض) خلافا للشافعي في بيع الطعام له قوله عليه
السلام في الحديث المعروف يدا بيد ولانه اذا لم يقبض في المجلس فيتعاقب القبض وللنقد مزية
فتتحقق شبهة الربا ولنا انه مبيع متعين فلا يشترط فيه القبض كالثوب وهذا لان الفائدة
المطلوبة انما هو التمكن من التصرف ويترتب ذلك على التعيين بخلاف الصرف لان القبض
فيه ليتعين به ومعنى قوله عليه السلام يدا بيد عينا بعين وكذا رواه عبادة بن الصامت وتعاقب
القبض لا يعتبر تفاوتا في المال عرفا بخلاف النقد والمؤجل قال (ويجوز بيع البيضة
بالبيضتين والتمرة بالتمرتين والجوزة بالجوزتين) لانعدام المعيار فلا يتحقق الربا والشافعي
يخالفنا فيه لوجود الطعم على مامر قال (ويجوز بيع الفلس بالفلسين باعيانهما) عند أبي
حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وقال محمد لا يجوز لان الثمنية تثبت باصطلاح الكل فلا تبطل
باصطلاحهما واذا بقيت اثمانا لا تتعين فصار كما اذا كان بغير اعيانهما وكبيع الدرهم بالدرهمين
ولهما ان الثمنية في حقهما تثبت باصطلاحهما اذ لا ولاية للغير عليهما فتبطل باصطلاحهما واذا
بطلت الثمنية تتعين بالتعيين ولا يعود وزنيا لبقاء الاصطلاح على العد اذ في نقضه في حق العد
فساد العقد فصار كالجوزة بالجوزتين بخلاف النقود لانها للثمنية خلقة وبخلاف ما اذا كانا
بغير اعيانهما لانه كالئ بالكالئ وقد نهى عنه وبخلاف ما اذا كان أحدهما بغير عينه لان الجنس
بانفراده يحرم النساء قال (ولا يجوز بيع الحنطة بالدقيق ولا بالسويق) لان المجانسة باقية
من وجه لانهما من أجزاء الحنطة والمعيار فيهما الكيل لكن الكيل غير مسو بينهما وبين الحنطة
لاكتنازهما فيه وتخلخل حبات الحنطة فلا يجوز وان كان كيلا بكيل (ويجوز بيع الدقيق
بالدقيق متساويا كيلا) لتحقق الشرط (وبيع الدقيق بالسويق لا يجوز) عند أبي حنيفة

رحمه الله متفاضلا ولا متساويا لانه لا يجوز بيع الدقيق بالمقلية ولا بيع السويق بالحنطة فكذا بيع اجزائهما لقيام المجانسة من وجه وعندهما يجوز لانهما جنسان مختلفان لاختلاف المقصود قلنا معظم المقصود وهو التغذى يشملهما فلا يبالى بفوات البعض كالمقلية مع غير المقلية والعلكة بالمسوسة قال (ويجوز بيع اللحم بالحيوان) عند ابى حنيفة رحمه الله وابى يوسف رحمه الله وقال محمد اذا باعه بلحم من جنسه لا يجوز الا اذا كان اللحم المفرز اكثر ليكون اللحم بمقابلة مافيه من اللحم والباقى بمقابلة السقط اذ لو لم يكن كذلك يتحقق الربا من حيث زيادة السقط او من حيث زيادة اللحم فصار كالخل بالسمسم ولهما انه باع الموزون بما ليس بموزون لان الحيوان لا يوزن عادة ولا يمكن معرفة ثقله بالوزن لانه يخفف نفسه مرة بصلابته ويثقل اخرى بخلاف تلك المسئلة لان الوزن فى الحال يعرف قدر الدهن اذا ميز بينه وبين الثجير ويوزن الثجير قال (ويجوز بيع الرطب بالتمر مثلا بمثل عند ابى حنيفة رحمه الله) وقالا لا يجوز لقوله عليه السلام حين سئل عنه او ينقص اذا جف فقيل نعم فقال عليه السلام لا اذا وله ان الرطب تمر لقوله عليه السلام حين اهدى اليه رطبا اوكل تمر خيبر هكذا سماه تمرا وبيع التمر بمثله جائز لما روينا ولانه لو كان تمرا جاز البيع باول الحديث وان كان غير تمر فبآخره وهو قوله عليه السلام اذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم ومدار ما رواياه على زيد بن عياش وهو ضعيف عند النقلة قال (وكذلك العنب بالزبيب) يعنى على هذا الخلاف والوجه ما بيناه وقيل لا يجوز بالاتفاق اعتبارا بالحنطة المقلية بغير المقلية والرطب بالرطب يجوز متماثلا كيلا عندنا لانه بيع التمر بالتمر وكذا بيع الحنطة الرطبة او المبلولة بمثلها او باليابسة او التمر او الزبيب المنقع بالمنقع منهما متماثلا عند ابى حنيفة وابى يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله لا يجوز جميع ذلك لانه يعتبر المساواة فى اعدل الاحوال وهو المآل وابو حنيفة يعتبر فى الحال وكذا ابو يوسف رحمه الله عملا باطلاق الحديث الا انه ترك هذا الاصل فى بيع الرطب بالتمر لما رويناه لهما ووجه الفرق لمحمد رحمه الله بين هذه الفصول وبين الرطب بالرطب ان التفاوت فيها يظهر مع بقاء البدلين على الاسم الذى عقد عليه العقد وفى الرطب بالتمر مع بقاء احدهما على ذلك فيكون تفاوتا فى عين المعقود عليه وفى الرطب بالرطب التفاوت بعد زوال ذلك الاسم فلم يكن تفاوتا فى المعقود عليه فلا يعتبر ولو باع البسر بالتمر متفاضلا لا يجوز لان البسر تمر بخلاف الكفرى حيث يجوز بيعه بما شاء من التمر اثنان بواحد لانه ليس بتمر فان هذا الاسم له من اول ما تنعقد صورته لا قبله والكفرى عددى متفاوت حتى لو باع التمر به نسيئة لا يجوز للجهالة قال (ولا يجوز بيع الزيتون بالزيت والسمسم بالشيرج حتى يكون الزيت والشيرج اكثر مما فى الزيتون

والسمسم

والسمسم فيكون الدهن بمثله والزيادة بالثجير) لان عند ذلك يعرى عن الربا اذ مافيه من
الدهن موزون وهذا لان مافيه لو كان أكثر أو مساويا له فالثجير وبعض الدهن أو الثجير وحده
فضل ولو لم يعلم مقدار مافيه لا يجوز لاحتمال الربا والشبهة فيه كالحقيقة والجوز بدهنه واللبن
بسمنه والعنب بعصيره والتمر بدبسه على هذا الاعتبار واختلفوا فى القطن بغزله والكرباس
بالقطن يجوز كيفما كان بالاجماع قال (ويجوز بيع اللحمان المختلفة بعضها ببعض متفاضلا)
ومراده لحم الابل والبقر والغنم فاما البقر والجواميس جنس واحد وكذا المعز مع الضأن وكذا
العراب مع البخاتى قال (وكذلك البان البقر والغنم) وعن الشافعى رحمه الله لا يجوز لانها جنس
واحد لاتحاد المقصود ولنا ان الاصول مختلفة حتى لا يكمل نصاب أحدهما بالآخر فى الزكاة
فكذا اجزاؤها اذا لم تتبدل بالصنعة قال (وكذا خل الدقل بخل العنب) للاختلاف بين أصليهما
فكذا بين ماءيهما ولهذا كان عصيراهما جنسين وشعر المعز وصوف الغنم جنسان لاختلاف
المقاصد قال (وكذا شحم البطن بالالية أو باللحم) لانها أجناس مختلفة لاختلاف الصور
والمعانى والمنافع اختلافا فاحشا قال (ويجوز بيع الخبز بالحنطة والدقيق متفاضلا) لان الخبز
صار عدديا أو موزونا فخرج من أن يكون مكيلا من كل وجه والحنطة مكيلة وعن أبى حنيفة
انه لاخير فيه والفتوى على الاول وهذا اذا كانا نقدين فان كانت الحنطة نسيئة جاز أيضا وان
كان الخبز نسيئة يجوز عند أبى يوسف رحمه الله وعليه الفتوى وكذا السلم فى الخبز جائز فى
الصحيح ولا خير فى استقراضه عددا أو وزنا عند أبى حنيفة رحمه الله لانه يتفاوت بالخبز
والخباز والتنور والتقدم والتأخر وعند محمد رحمه الله يجوز بهما للتعامل وعند أبى يوسف رحمه
الله يجوز وزنا ولا يجوز عددا للتفاوت فى آحاده قال (ولا ربا بين المولى وعبده) لان العبد وما فى
يده ملك لمولاه فلا يتحقق الربا وهذا اذا كان مأذونا له ولم يكن عليه دين وان كان عليه دين
لا يجوز بالاتفاق لان ما فى يده ليس ملك المولى عند أبى حنيفة رحمه الله وعندهما تعلق به حق
الغرماء فصار كالاجنبى فيتحقق الربا كما يتحقق بينه وبين مكاتبه قال (ولا بين المسلم والحربى فى
دار الحرب) خلافا لابى يوسف والشافعى رحمهما الله لهما الاعتبار بالمستأمن منهم فى دارنا ولنا
قوله عليه السلام لا ربا بين المسلم والحربى فى دار الحرب ولان مالهم مباح فى دارهم فبأى طريق
أخذه المسلم أخذ مالا مباحا اذا لم يكن فيه غدر بخلاف المستأمن منهم لان ماله صار محظورا
بعقد الامان

﴿ باب الحقوق ﴾

(ومن اشترى منزلا فوقه منزل فليس له الاعلى الا أن يشتريه بكل حق هو له أو بمرافقه أو بكل

وقليل وكثير هو فيه أو منه ومن اشترى بيتا فوقه بيت بكل حق هو له لم يكن له الاعلى ومن اشترى دارا بحدودها فله العلو والكنيف) جمع بين المنزل والبيت والدار فاسم الدار ينتظم العلو لانه اسم لما أدير عليه الحدود والعلو من توابع الاصل وأجزائه فيدخل فيه والبيت اسم لما يبات فيه والعلو مثله والشئ لايكون تبعا لمثله فلا يدخل فيه الا بالتنصيص عليه والمنزل بين الدار والبيت لانه يتأتى فيه مرافق السكنى مع ضرب قصور اذ لا يكون فيه منزل الدواب فلشبهه بالدار يدخل العلو فيه تبعا عند ذكر التوابع ولشبهه بالبيت لايدخل فيه بدونه وقيل في عرفنا يدخل العلو في جميع ذلك لان كل مسكن يسمى بالفارسية خانه ولا يخلو عن علو وكما يدخل العلو في اسم الدار يدخل الكنيف لانه من توابعه ولا تدخل الظلة الا بذكر ماذكرنا عند أبي حنيفة لانه مبني على هواء الطريق فاخذ حكمه وعندهما ان كان مفتحه في الدار يدخل من غير ذكر شئ مما ذكرنا لانه من توابعه فشابه الكنيف قال (ومن اشترى بيتا في دار أو منزلا أو مسكنا لم يكن له الطريق الا ان يشتريه بكل حق هو له أو بمرافقه أو بكل قليل وكثير وكذا الشرب والمسيل) لانه خارج الحدود الا أنه من التوابع فيدخل بذكر التوابع بخلاف الاجارة لانها تعقد للانتفاع فلا يتحقق الا به اذ المستأجر لايشترى الطريق عادة ولا يستأجره فيدخل تحصيلا للفائدة المطلوبة منه أما الانتفاع بالمبيع ممكن بدونه لان المشترى عادة يشتريه وقد يتجر فيه فيبيعه من غيره فحصلت الفائدة والله تعالى أعلم

باب الاستحقاق

(ومن اشترى جارية فولدت عنده فاستحقها رجل ببينة فانه يأخذها وولدها وان أقر بها الرجل لم يتبعها ولدها) ووجه الفرق أن البينة حجة مطلقة فانها كاسمها مبينة فيظهر بها ملكه من الاصل والولد كان متصلا بها فيكون له أما الاقرار حجة قاصرة يثبت الملك في المخبر به ضرورة صحة الاخبار وقد اندفعت باثباته بعد الانفصال فلا يكون الولد له ثم قيل يدخل الولد في القضاء بالام تبعا وقيل يشترط القضاء بالولد واليه تشير المسائل فان القاضي اذا لم يعلم بالزوائد قال محمد رحمه الله لاتدخل الزوائد في الحكم وكذا الولد اذا كان في يد غيره لايدخل تحت الحكم بالام تبعا قال (ومن اشترى عبدا فاذا هو حر وقد قال العبد للمشترى اشترني فاني عبد له فان كان البائع حاضرا أو غائبا غيبة معروفة لم يكن على العبد شئ وان كان البائع لايدرى أين هو رجع المشترى على العبد ورجع هو على البائع وان ارتهن عبدا مقرا بالعبودية فوجده حرا لم يرجع عليه على كل حال) وعن أبي يوسف رحمه الله انه لايرجع فيهما الا ان الرجوع بالمعاوضة أو بالكفالة والموجود ليس الا الاخبار كاذبا فصار كما اذا قال الاجنبي ذلك أو قال العبد ارتهني فاني عبد وهي

المسئلة الثانية وهما ان المشترى شرع فى الشراء معتمدا على أمره واقراره انه عبد اذ القول له فى الحرية فيجعل العبد بالامر بالشراء ضامنا للثمن له عند تعذر رجوعه على البائع دفعا للغرور والضرر ولا تعذر الا فيما لا يعرف مكانه والبيع عقد معاوضة فامكن أن يجعل الآمر به ضامنا للسلامة كما هو موجبه بخلاف الرهن لانه ليس بمعاوضة بل هو وثيقة لاستيفاء عين حقه حتى يجوز الرهن ببدل الصرف والمسلم فيه مع حرمة الاستبدال فلا يجعل الامر به ضامنا للسلامة وبخلاف الاجنبى لانه لا يعبأ بقوله فلا يتحقق الغرور ونظير مسئلتنا قول المولى بايعوا عبدى هذا فانى قد أذنت له ثم ظهر الاستحقاق فانهم يرجعون عليه بقيمته ثم فى وضع المسئلة ضرب اشكال على قول أبى حنيفة رحمه الله لان الدعوى شرط فى حرية العبد عنده والتناقض يفسد الدعوى وقيل ان كان الوضع فى حرية الاصل فالدعوى فيها ليس بشرط عنده لتضمنه تحريم فرج الام وقيل هو شرط لكن التناقض غير مانع لخفاء العلوق وان كان الوضع فى الاعتاق فالتناقض لا يمنع لاستبداد المولى به فصار كالمختلعة تقيم البينة على الطلقات الثلاث قبل الخلع والمكاتب يقيمها على الاعتاق قبل الكتابة قال (ومن ادعى حقا فى دار) معناه حقا مجهولا (فصالحه الذى فى يده على مائة درهم فاستحقت الدار الا ذراعا منها لم يرجع بشئ) لان للمدعى ان يقول دعواى فى هذا الباقى (وان ادعاها كلها فصالحه على مائة درهم فاستحق منها شئ رجع بحسابه) لان التوفيق غير ممكن فوجب الرجوع ببدله عند فوات سلامة المبدل ودلت المسئلة على ان الصلح عن المجهول على معلوم جائز لان الجهالة فيما يسقط لا تفضى الى المنازعة

﴿فصل فى بيع الفضولى﴾ قال (ومن باع ملك غيره بغير أمره فالمالك بالخيار ان شاء أجاز البيع وان شاء فسخ) وقال الشافعى لا ينعقد لانه لم يصدر عن ولاية شرعية لانها بالملك أو باذن المالك وقد فقدا ولا انعقاد الا بالقدرة الشرعية ولنا انه تصرف تمليك وقد صدر من أهله فى محله فوجب القول بانعقاده اذ لا ضرر فيه للمالك مع تخييره بل فيه نفعه حيث يكفى مؤنة طلب المشترى وقرار الثمن وغيره وفيه نفع العاقد لصون كلامه عن الالغاء وفيه نفع المشترى فثبت القدرة الشرعية تحصيلا لهذه الوجوه كيف وان الاذن ثابت دلالة لان العاقل يأذن فى التصرف النافع قال (وله الاجازة اذا كان المعقود عليه باقيا والمتعاقدان بحالهما) لان الاجازة تصرف فى العقد فلا بد من قيامه وذلك بقيام العاقدين والمعقود عليه واذا أجاز المالك كان الثمن مملوكا له امانة فى يده بمنزلة الوكيل لان الاجازة اللاحقة بمنزلة الوكالة السابقة وللفضولى ان يفسخ قبل الاجازة دفعا للحقوق عن نفسه بخلاف الفضولى فى النكاح لانه معبر محض هذا اذا كان الثمن دينا فان كان عرضا معينا انما تصح الاجازة اذا كان العرض باقيا أيضا ثم الاجازة

اجازة بعد لا اجازة عقد حتى يكون العرض الثمن مملوكا للفضولي وعليه مثل المبيع ان كان مثليا
أو قيمته ان لم يكن مثليا لانه شراء من وجه والشراء لا يتوقف على الاجازة ولو هلك المالك
لا ينفذ باجازة الوارث في الفصلين لانه توقف على اجازة المورث لنفسه فلا يجوز باجازة غيره ولو
أجاز المالك في حياته ولا يعلم حال المبيع جاز البيع في قول أبي يوسف أولا وهو قول محمد رحمه الله
لان الاصل بقاؤه ثم رجع أبو يوسف رحمه الله وقال لا يصح حتى يعلم قيامه عند الاجازة لان
الشك وقع في شرط الاجازة فلا يثبت مع الشك قال (ومن غصب عبدا فباعه وأعتقه المشتري ثم
أجاز المولى البيع فالعتق جائز) استحسانا وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وقال
محمد لا يجوز لانه لا عتق بدون الملك قال عليه السلام لا عتق فيما لا يملك ابن آدم والموقوف لا يفيد
الملك ولو ثبت في الآخرة يثبت مستندا وهو ثابت من وجه دون وجه والمصحح للاعتاق الملك
الكامل لما روينا ولهذا لا يصح ان يعتق الغاصب ثم يؤدي الضمان ولا ان يعتق المشتري
والخيار للبائع ثم يجيز البائع ذلك وكذا لا يصح بيع المشتري من الغاصب فيما نحن فيه مع انه
أسرع نفاذا حتى نفذ من الغاصب اذا أدى الضمان وكذا لا يصح اعتاق المشتري من الغاصب
اذا أدى الغاصب الضمان ولهما ان الملك ثبت موقوفا بتصرف مطلق موضوع لافادة الملك
ولا ضرر فيه على ما مر فيتوقف الاعتاق مرتبا عليه وينفذ بنفاذه فصار كاعتاق المشتري من
الراهن وكاعتاق الوارث عبدا من التركة وهي مستغرقة بالديون يصح وينفذ اذا قضى الديون
بعد ذلك بخلاف اعتاق الغاصب بنفسه لان الغصب غير موضوع لافادة الملك وبخلاف ما اذا كان
في البيع خيار البائع لانه ليس بمطلق وقران شرط به يمنع انعقاده في حق الحكم أصلا وبخلاف بيع
المشتري من الغاصب اذا باع لان بالاجازة يثبت للبائع ملك بات فاذا طرأ على ملك موقوف لغيره
أبطله وأما اذا أدى الغاصب الضمان ينفذ اعتاق المشتري منه كذا ذكره هلال وهو الاصح قال
(فان قطعت يد العبد فأخذ أرشها ثم أجاز المولى البيع فالارش للمشتري) لان الملك قد تم له من
وقت الشراء فتبين ان القطع حصل على ملكه وهذه حجة على محمد والعذر له ان الملك من وجه
يكفي لاستحقاق الارش كالمكاتب اذا قطعت يده وأخذ الارش ثم رد في الرق يكون الارش للمولى
كذا اذا قطعت يد المشتري في يد المشتري والخيار للبائع ثم أجيز البيع فالارش للمشتري بخلاف
الاعتاق على ما مر (ويتصدق بما زاد على نصف الثمن) لانه لم يدخل في ضمانه أو فيه شبهة
عدم الملك قال (فان باعه المشتري من آخر ثم أجاز المولى البيع الاول لم يجز البيع الثاني) لما ذكرنا
ولان فيه غرر الانفساخ على اعتبار عدم الاجازة في البيع الاول والبيع يفسد به بخلاف الاعتاق
عندهما لانه لا يؤثر الغرر قال (فان لم يبعه المشتري فمات في يده أو قتل ثم أجاز البيع لم يجز) لما

ذكرنا

ذكرنا أن الاجازة من شروطها قيام المعقود عليه وقد فات بالموت وكذا بالقتل اذ لا يمكن ايجاب البدل للمشتري بالقتل حتى يعد باقيا ببقاء البدل لانه لا ملك للمشتري عند القتل ملكا يقابل بالبدل فتحقق الفوات بخلاف البيع الصحيح لان ملك المشتري ثابت فامكن ايجاب البدل له فيكون المبيع قائما بقيام خلفه قال (ومن باع عبد غيره بغير أمره وأقام المشتري البينة على اقرار البائع أورب العبد أنه لم يأمره بالبيع واراد رد المبيع لم تقبل بينته) للتناقض في الدعوى اذ الاقدام على الشراء اقرار منه بصحته والبينة مبنية على صحة الدعوى (وان أقر البائع بذلك عند القاضي بطل البيع) ان طلب المشتري ذلك لان التناقض لا يمنع صحة الاقرار فللمشتري أن يساعده على ذلك فيتحقق الاتفاق بينهما فلهذا شرط طلب المشتري قال رضي الله عنه وذكر في الزيادات أن المشتري اذا صدق مدعيه ثم أقام البينة على اقرار البائع أنه للمستحق تقبل وفرقوا أن العبد في هذه المسئلة في يد المشتري وفي تلك المسئلة في يد غيره وهو المستحق وشرط الرجوع بالثمن أن لا يكون العين سالما للمشتري قال (ومن باع دار الرجل وأدخلها المشتري في بنائه لم يضمن البائع) عند أبي حنيفة رحمه الله وهو قول أبي يوسف رحمه الله آخرا وكان يقول أولا يضمن البائع وهو قول محمد رحمه الله وهي مسئلة غصب العقار وسنبينه في الغصب ان شاء الله تعالى والله أعلم بالصواب

﴿باب السلم﴾

السلم عقد مشروع بالكتاب وهو آية المداينة فقد قال ابن عباس رضي الله عنهما اشهد ان الله تعالى أحل السلف المضمون وأنزل فيها أطول آية في كتابه وتلا قوله تعالى يا أيها الذين آمنوا اذا تداينتم بدين الى أجل مسمى فاكتبوه الآية وبالسنة وهو ماروي أنه عليه السلام نهى عن بيع ماليس عند الانسان ورخص في السلم والقياس وان كان يأباه ولكنا تركناه بما رويناه ووجه القياس أنه بيع المعدوم اذ المبيع هو المسلم فيه قال (وهو جائز في المكيلات والموزونات) لقوله عليه السلام من أسلم منكم فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم الى أجل معلوم والمراد بالموزونات غير الدراهم والدنانير لانهما أثمان والمسلم فيه لا بد أن يكون مثمنا فلا يصح السلم فيهما ثم قيل يكون باطلا وقيل ينعقد بيعا بثمن مؤجل تحصيلا لمقصود المتعاقدين بحسب الامكان والعبرة في العقود للمعاني والاول أصح لان التصحيح انما يجب في محل أوجبا العقد فيه ولا يمكن ذلك قال (وكذا في المذروعات) لانه يمكن ضبطها بذكر الذرع والصفة والصنعة ولا بد منها لترتفع الجهالة فيتحقق شرط صحة السلم وكذا في المعدودات التي لا تتفاوت كالجوز والبيض لان العددي المتقارب معلوم القدر مضبوط الوصف مقدور التسليم فيجوز السلم فيه

والصغير والكبير فيه سواء باصطلاح الناس على اهدار التفاوت بخلاف البطيخ والرمان لانه
يتفاوت آحاده تفاوتا فاحشا وبتفاوت الآحاد فى المالية يعرف العددى المتقارب وعن أبى حنيفه
لا يجوز فى بيض النعامه لانه يتفاوت آحاده فى المالية ثم كما يجوز السلم فيها عددا يجوز كيلا
وقال زفر رحمه الله لا يجوز كيلا لانه عددى وليس بمكيل وعنه أنه لا يجوز عددا أيضا للتفاوت
ولنا أن المقدار مرة يعرف بالعدد وتارة بالكيل وانما صار معدودا بالاصطلاح فيصير مكيلا
باصطلاحهما وكذا فى الفلوس عددا وقيل هذا عند أبى حنيفه وأبى يوسف رحمهما الله وعند
محمد رحمه الله لا يجوز لانها أثمان ولهما أن الثمنية فى حقهما باصطلاحهما فتبطل باصطلاحهما
ولا تعود وزنيا وقد ذكرناه من قبل (ولا يجوز السلم فى الحيوان) وقال الشافعى رحمه الله يجوز
لانه يصير معلوما ببيان الجنس والسن والنوع والصفة والتفاوت بعد ذلك يسير فأشبه الثياب ولنا
أنه بعد ذكر ما ذكر يبقى فيه تفاوت فاحش فى المالية باعتبار المعانى الباطنة فيفضى الى المنازعة
بخلاف الثياب لانه مصنوع للعباد فقلما يتفاوت الثوبان اذا نسجا على منوال واحد وقد صح أن
النبى عليه السلام نهى عن السلم فى الحيوان ويدخل فيه جميع أجناسه حتى العصافير قال (ولا
فى أطرافه كالرؤس والاكارع) للتفاوت فيها اذ هو عددى متفاوت لا مقدر لها قال (ولا فى
الجلود عددا ولا فى الحطب حزما ولا فى الرطبة جرزا) للتفاوت فيها الا اذا عرف ذلك بان يبين له
طول ما يشد به الحزمة أنه شبر او ذراع فحينئذ يجوز اذا كان على وجه لا يتفاوت قال (ولا يجوز
السلم حتى يكون المسلم فيه موجودا من حين العقد الى حين المحل حتى لو كان منقطعا عند
العقد موجودا عند المحل أو على العكس أو منقطعا فيما بين ذلك لا يجوز) وقال الشافعى يجوز
اذا كان موجودا وقت المحل لوجود القدرة على التسليم حال وجوبه ولنا قوله عليه السلام
لا تسلفوا فى الثمار حتى يبدو صلاحها ولان القدرة على التسليم بالتحصيل فلا بد من استمرار
الوجود فى مدة الاجل ليتمكن من التحصيل (ولو انقطع بعد المحل فرب السلم بالخيار ان
شاء فسخ السلم وان شاء انتظر وجوده) لان السلم قد صح والعجز الطارئ على شرف
الزوال فصار كاباق المبيع قبل القبض قال (ويجوز السلم فى السمك المالح وزنا معلوما
وضربا معلوما) لانه معلوم القدر مضبوط الوصف مقدور التسليم اذ هو غير
منقطع (ولا يجوز السلم فيه عددا) للتفاوت قال (ولا خير فى السلم فى السمك الطرى
الا فى حينه وزنا معلوما وضربا معلوما) لانه ينقطع فى زمان الشتاء حتى لو كان فى بلد لا ينقطع
يجوز مطلقا وانما يجوز وزنا لا عددا لما ذكرنا وعن أبى حنيفه رحمه الله انه لا يجوز فى لحم
الكبار منها وهى التى تقطع اعتبارا بالسلم فى اللحم عنده قال (ولا خير فى السلم فى اللحم عند أبى

حنيفه

حنيفة رحمه الله وقالا اذا وصف من اللحم موضعا معلوما بصفة معلومة جاز) لانه موزون
مضبوط الوصف ولهذا يضمن بالمثل ويجوز استقراضه وزنا ويجري فيه ربا الفضل بخلاف
لحم الطيور لانه لا يمكن وصف موضع منه وله انه مجهول للتفاوت في قلة العظم وكثرته او في
سمنه وهزاله على اختلاف فصول السنة وهذه الجهالة مفضية الى المنازعة وفي مخلوع العظم
لا يجوز على الوجه الثاني وهو الاصح والتضمين بالمثل ممنوع وكذا الاستقراض وبعد التسليم
فالمثل اعدل من القيمة ولان القبض يعاين فيعرف مثل المقبوض به في وقته اما الوصف فلا
يكتفى به قال (ولا يجوز السلم الا مؤجلا) وقال الشافعي يجوز حالا لاطلاق الحديث ورخص في السلم
ولنا قوله عليه السلام الى اجل معلوم فيما رويناه ولانه شرع رخصة دفعا لحاجة المفاليس
فلا بد من الاجل ليقدر على التحصيل فيه فيسلم ولو كان قادرا على التسليم لم يوجد المرخص فبقي
على النافي قال (ولا يجوز الا باجل معلوم) لما روينا ولان الجهالة فيه مفضية الى المنازعة كما في
البيع والاجل ادناه شهر وقيل ثلاثة ايام وقيل اكثر من نصف اليوم والاول اصح (ولا يجوز السلم
بمكيال رجل بعينه ولا بذراع رجل بعينه) معناه اذا لم يعرف مقداره لانه يتأخر فيه التسليم
فربما يضيع فيؤدي الى المنازعة وقد مر من قبل ولا بد ان يكون المكيال مما لا ينقبض ولا
ينبسط كالقصاع مثلا فان كان مما ينكبس بالكبس كالزنبيل والجراب لا يجوز للمنازعة الا في قرب
الماء للتعامل فيه كذا روي عن ابي يوسف قال (ولا في طعام قرية بعينها) او ثمرة نخلة بعينها
لانه قد يعتريه آفة فلا يقدر على التسليم واليه اشار عليه السلام حيث قال ارأيت لو اذهب الله
تعالى الثمر بم يستحل احدكم مال اخيه ولو كانت النسبة الى قرية لبيان الصفة لا بأس به
على ما قالوا كالخشمراني ببخارى والبساخي بفرغانة قال (ولا يصح السلم عند ابي حنيفة الا
بسبع شرائط جنس معلوم) كقولنا حنطة او شعير (ونوع معلوم) كقولنا سقية او بخسية (وصفة
معلومة) كقولنا جيد او رديء (ومقدار معلوم) كقولنا كذا كيلا بمكيال معروف وكذا وزنا
(واجل معلوم) والاصل فيه ما رويناه والفقه فيه ما بينا (ومعرفة مقدار رأس المال اذا كان يتعلق
العقد على مقداره) كالمكيل والموزون والمعدود (وتسمية المكان الذي يوفيه فيه اذا كان له حمل
ومؤنة) وقالا لا يحتاج الى تسمية رأس المال اذا كان معينا ولا الى مكان التسليم ويسلمه في موضع
العقد فهاتان مسئلتان ولهما في الاولى ان المقصود يحصل بالاشارة فاشبه الثمن والاجرة وصار
كالثوب وله انه ربما يوجد بعضها زيوفا ولا يستبدل في المجلس فلو لم يعلم قدره لا يدري في كم بقي
او ربما لا يقدر على تحصيل المسلم فيه فيحتاج الى رد رأس المال والموهوم في هذا العقد
كالمتحقق لشرعه مع المنافي بخلاف ما اذا كان رأس المال ثوبا لان الذرع وصف فيه لا يتعلق

العقد على مقداره ومن فروعه اذا أسلم في جنسين ولم يبين رأس مال كل واحد منهما أو أسلم
جنسين ولم يبين مقدار أحدهما واهما في الثانية ان مكان العقد يتعين لوجود العقد الموجب
للتسليم فيه ولانه لا يزاحمه مكان آخر فيه فيصير نظير أول أوقات الامكان في الاوامر وصار
كالقرض والغصب ولابي حنيفة ان التسليم غير واجب في الحال فلا يتعين بخلاف القرض والغصب
واذا لم يتعين فالجهالة فيه تفضي الى المنازعة لان قيم الاشياء تختلف باختلاف المكان فلا بد من
البيان وصار كجهالة الصفة وعن هذا قال من قال من المشايخ ان الاختلاف فيه عنده يوجب
التحالف كما في الصفة وقيل على عكسه لان تعين المكان قضية العقد عندهما وعلى هذا الخلاف
الثمن والاجرة والقسمة وصورتها اذا اقتسما دارا وجعلا مع نصيب أحدهما شيأ له حمل ومؤنة
وقيل لا يشترط ذلك في الثمن والصحيح انه يشترط اذا كان مؤجلا وهو اختيار شمس الائمة
السرخسي وعندهما يتعين مكان الدار ومكان تسليم الدابة للايفاء قال (ومالم يكن له حمل ومؤنة
لا يحتاج فيه الى بيان مكان الايفاء بالاجماع) لانه لا تختلف قيمته (ويوفيه في المكان الذي
أسلم فيه) قال رضي الله عنه وهذه رواية الجامع الصغير والبيوع وذكر في الاجارات انه يوفيه في
اي مكان شاء وهو الاصح لان الاماكن كلها سواء ولا وجوب في الحال ولو عينا مكانا قيل لا يتعين
لانه لا يفيد وقيل يتعين لانه يفيد سقوط خطر الطريق ولو عين المصر فيما له حمل ومؤنة يكتفى
به لانه مع تباين اطرافه كبقعة واحدة فيما ذكرنا قال (ولا يصح السلم حتى يقبض رأس المال
قبل ان يفارقه فيه) اما اذا كان من النقود فلانه افتراق عن دين بدين وقد نهى النبي عليه
السلام عن الكالئ بالكالئ وان كان عينا فلان السلم أخذ عاجل بآجل اذ الاسلام والاسلاف
ينبئان عن التعجيل فلا بد من قبض أحد العوضين ليتحقق معنى الاسم ولانه لا بد من تسليم
رأس المال ليتقلب المسلم اليه فيه فيقدر على التسليم ولهذا قلنا لا يصح السلم اذا كان فيه خيار
الشرط لهما أو لاحدهما لانه يمنع تمام القبض لكونه مانعا من الانعقاد في حق الحكم وكذا
لا يثبت فيه خيار الرؤية لانه غير مفيد بخلاف خيار العيب لانه لا يمنع تمام القبض ولو أسقط
خيار الشرط قبل الافتراق ورأس المال قائم جاز خلافا لزفر رحمه الله وقد مر نظيره (وجملة الشروط
جمعوها في قولهم اعلام رأس المال وتعجيله واعلام المسلم فيه وتأجيله وبيان مكان الايفاء
والقدرة على تحصيله فان أسلم مائتي درهم في كر حنطة مائة منها دين على المسلم اليه ومائة نقد
فالسلم في حصة الدين باطل) لفوات القبض (ويجوز في حصة النقد) لاستجماع شرائطه ولا يشيع
الفساد لان الفساد طارئ اذ السلم وقع صحيحا ولهذا لو نقد رأس المال قبل الافتراق صح الا انه
يبطل بالافتراق لما بينا وهذا لان الدين لا يتعين في البيع الا ترى انهما لو تبايعا عينا بدين ثم

تصادقا ان لا دين لا يبطل البيع فينعقد صحيحا قال (ولا يجوز التصرف فى رأس مال السلم والمسلم فيه قبل القبض) أما الاول فلما فيه من تفويت القبض المستحق بالعقد وأما الثانى فلان المسلم فيه مبيع والتصرف فى المبيع قبل القبض لا يجوز (ولا تجوز الشركة والتولية فى المسلم فيه) لانه تصرف فيه (فان تقايلا السلم لم يكن له أن يشترى من المسلم اليه برأس المال شيئا حتى يقبضه كله) لقوله عليه السلام لا تأخذ الا سلمك أو رأس مالك أى عند الفسخ ولانه أخذ شبها بالمبيع فلا يحل التصرف فيه قبل قبضه وهذا لان الاقالة بيع جديد فى حق ثالث ولا يمكن جعل المسلم فيه مبيعا لسقوطه فجعل رأس المال مبيعا لانه دين مثله الا أنه لا يجب قبضه فى المجلس لانه ليس فى حكم الابتداء من كل وجه وفيه خلاف زفر رحمه الله والحجة عليه ما ذكرناه قال (ومن أسلم فى كر حنطة فلما حل الاجل اشترى المسلم اليه من رجل كرا وأمر رب السلم بقبضه قضاء لم يكن قضاء وان أمره أن يقبضه له ثم يقبضه لنفسه فاكتاله ثم اكتاله لنفسه جاز) لانه اجتمعت الصفقتان بشرط الكيل فلا بد من الكيل مرتين لنهى النبى عليه السلام عن بيع الطعام حتى يجرى فيه صاعان وهذا هو محمل الحديث على ما مر والسلم وان كان سابقا لكن قبض المسلم فيه لاحق وانه بمنزلة ابتداء البيع لان العين غير الدين حقيقة وان جعل عينه فى حق حكم خاص وهو حرمة الاستبدال فيتحقق البيع بعد الشراء وان لم يكن سلما وكان قرضا فأمره بقبض الكر جاز لان القرض اعارة ولهذا ينعقد بلفظ الاعارة فكان المردود عين المأخوذ مطلقا حكما فلا يجتمع الصفقتان قال (ومن أسلم فى كر فأمر رب السلم أن يكيله المسلم اليه فى غرائر رب السلم ففعل وهو غائب لم يكن قضاء) لان الامر بالكيل لم يصح لانه لم يصادف ملك الآمر لان حقه فى الدين دون العين فصار المسلم اليه مستعيرا للغرائر منه وقد جعل ملك نفسه فيها فصار كما لو كان عليه دراهم دين فدفع اليه كيسا ليزنها المديون فيه لم يصر قابضا ولو كانت الحنطة مشتراة والمسئلة بحالها صار قابضا لان الامر قد صح حيث صادف ملكه لانه ملك العين بالبيع ألا ترى انه لو أمره بالطحن كان الطحين فى السلم للمسلم اليه وفى الشراء للمشترى لصحة الامر وكذا اذا أمره أن يصبه فى البحر فى السلم يهلك من مال المسلم اليه وفى الشراء من مال المشترى ويتقرر الثمن عليه لما قلنا ولهذا يكتفى بذلك الكيل فى الشراء فى الصحيح لانه نائب عنه فى الكيل والقبض بالوقوع فى غرائر المشترى ولو أمره فى الشراء ان يكيله فى غرائر البائع ففعل لم يصر قابضا لانه استعار غرائره ولم يقبضها فلا تصير الغرائر فى يده فكذا ما يقع فيها وصار كما لو أمره أن يكيله ويعزله فى ناحية من بيت البائع لان البيت بنواحيه فى يده فلم يصر المشترى قابضا ولو اجتمع الدين والعين والغرائر للمشترى ان بدأ بالعين صار قابضا اما العين فلصحة الامر فيه وأما الدين فلاتصاله بملكه

وعليه يصير قابضا كمن استقرض حنطة وأمره أن يزرعها في أرضه وكمن دفع الى صائغ خاتما وأمره أن يزيده من عنده نصف دينار وان بدأ بالدين لم يصر قابضا اما الدين فلعدم صحة الامر وأما العين فلانه خلطه بملكه قبل التسليم فصار مستهلكا عند أبي حنيفة رحمه الله فينتقض البيع وهذا الخلط غير مرضي به من جهته لجواز أن يكون مراده البداءة بالعين وعندهما هو بالخيار ان شاء نقض البيع وان شاء شاركه في المخلوط لان الخلط ليس باستهلاك عندهما قال (ومن أسلم جارية في كر حنطة وقبضها المسلم اليه ثم تقايلا فماتت في يد المشتري فعليه قيمتها يوم قبضها ولو تقايلا بعد هلاك الجارية جاز) لان صحة الاقالة تعتمد بقاء العقد وذلك بقيام المعقود عليه وفي السلم المعقود عليه انما هو المسلم فيه فصحت الاقالة حال بقائه واذا جاز ابتداء فأولى أن يبقى انتهاء لان البقاء أسهل واذا انفسخ العقد في المسلم فيه انفسخ في الجارية تبعا فيجب عليه ردها وقد عجز فيجب عليه رد قيمتها (ولو اشترى جارية بألف درهم ثم تقايلا فماتت في يد المشتري بطلت الاقالة ولو تقايلا بعد موتها فالاقالة باطلة) لان المعقود عليه في البيع انما هو الجارية فلا يبقى العقد بعد هلاكها فلا تصح الاقالة ابتداء ولا تبقى انتهاء لانعدام محله وهذا بخلاف بيع المقايضة حيث تصح الاقالة وتبقى بعد هلاك أحد العوضين لان كل واحد منهما مبيع فيه قال (ومن أسلم الى رجل دراهم في كر حنطة فقال المسلم اليه شرطت رديا وقال رب المسلم لم تشترط شيئا فالقول قول المسلم اليه) لان رب السلم متعنت في انكاره الصحة لان المسلم فيه يربو على رأس المال في العادة وفي عكسه قالوا يجب أن يكون القول لرب السلم عند أبي حنيفة رحمه الله لانه يدعي الصحة وان كان صاحبه منكرا وعندهما القول للمسلم اليه لانه منكر وان أنكر الصحة وسنقرره من بعد ان شاء الله تعالى (ولو قال المسلم اليه لم يكن له أجل وقال رب السلم بل كان له أجل فالقول قول رب السلم) لان المسلم اليه متعنت في انكاره حقا له وهو الاجل والفساد لعدم الاجل غير متيقن لمكان الاجتهاد فلا يعتبر النفع في رد رأس المال بخلاف عدم الوصف وفي عكسه القول لرب السلم عندهما لانه ينكر حقا له عليه فيكون القول قوله وان أنكر الصحة كرب المال اذا قال للمضارب شرطت لك نصف الربح الا عشرة وقال المضارب لا بل شرطت لي نصف الربح فالقول لرب المال لانه ينكر استحقاق الربح وان أنكر الصحة وعند أبي حنيفة رحمه الله القول للمسلم اليه لانه يدعي الصحة وقد اتفقا على عقد واحد فكانا متفقين على الصحة ظاهرا بخلاف مسئلة المضاربة لانه ليس بلازم فلا يعتبر الاختلاف فيه فيبقى مجرد دعوى استحقاق الربح أما السلم فلازم فصار الاصل أن من خرج كلامه تعنتا فالقول لصاحبه بالاتفاق وان خرج خصومة ووقع الاتفاق على عقد واحد فالقول لمدعي الصحة عنده وعندهما

للمنكر وان انكر الصحه قال (ويجوز السلم في الثياب اذا بين طولا وعرضا ورقعة) لانه اسلم في
معلوم مقدور التسليم على ما ذكرنا وان كان ثوب حرير لا بد من بيان وزنه ايضا لانه مقصود فيه
(ولا يجوز السلم في الجواهر ولا في الخرز) لان آحادها تتفاوت تفاوتا فاحشا وفي صغار اللؤلؤ التي
تباع وزنا يجوز السلم لانه مما يعلم بالوزن (ولا بأس بالسلم في اللبن والآجر اذا سمى ملبنا معلوما)
لانه عددي متقارب لاسيما اذا سمى الملبن قال (وكل ما أمكن ضبط صفته ومعرفة مقداره جاز
السلم فيه) لانه لا يفضي الى المنازعة (وما لا يضبط صفته ولا يعرف مقداره لا يجوز السلم فيه)
لانه دين وبدون الوصف يبقى مجهولا جهالة تفضي الى المنازعة (ولا بأس بالسلم في طست أو
قمقمة أو خفين أو نحو ذلك اذا كان يعرف) لاجتماع شرائط السلم (وان كان لا يعرف فلا خير فيه)
لانه دين مجهول قال (وان استصنع شيأ من ذلك بغير أجل جاز استحسانا) للاجماع الثابت
بالتعامل وفي القياس لا يجوز لانه بيع المعدوم والصحيح أنه يجوز بيعا لا عدة والمعدوم
قد يعتبر موجودا حكما والمعقود عليه العين دون العمل حتى لو جاء به مفروغا لا من
صنعته أو من صنعته قبل العقد فاخذه جاز ولا يتعين الا بالاختيار حتى لو باعه الصانع قبل ان
يراه المستصنع جاز وهذا كله هو الصحيح قال (وهو بالخيار اذا رآه ان شاء أخذه وان شاء تركه)
لانه اشترى شيأ لم يره ولا خيار للصانع كذا ذكره في المبسوط وهو الاصح لانه باع ما لم يره وعن
أبي حنيفة ان له الخيار أيضا لانه لا يمكنه تسليم المعقود عليه الا بضرر وهو قطع الصرم وغيره
وعن أبي يوسف رحمه الله انه لا خيار لهما اما الصانع فلما ذكرنا واما المستصنع فلان في اثبات
الخيار له اضرارا بالصانع لانه لا يشتريه غيره بمثله ولا يجوز فيما لا تعامل فيه للناس كالثياب لعدم
المجوز وفيما فيه تعامل انما يجوز اذا أمكن اعلامه بالوصف ليمكن التسليم وانما قال بغير
أجل لانه لو ضرب الاجل فيما فيه تعامل يصير سلما عند أبي حنيفة رحمه الله خلافا لهما ولو
ضرب فيما لا تعامل فيه يصير سلما بالاتفاق لهما أن اللفظ حقيقة للاستصناع فيحافظ على
قضيته ويحمل الاجل على التعجيل بخلاف ما لا تعامل فيه لان ذلك استصناع فاسد فيحمل على
السلم الصحيح ولابي حنيفة أنه دين يحتمل السلم وجواز السلم باجماع لا شبهة فيه وفي تعاملهم
الاستصناع نوع شبهة فكان الحمل على السلم أولى والله أعلم (مسائل منثورة) قال (ويجوز بيع
الكلب والفهد والسباع المعلم وغير المعلم في ذلك سواء) وعن أبي يوسف رحمه الله انه لا يجوز بيع
الكلب العقور لانه غير منتفع به وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز بيع الكلب لقوله عليه السلام
ان من السحت مهر البغي وثمن الكلب ولانه نجس العين والنجاسة تشعر بهوان المحل وجواز
البيع يشعر باعزازه فكان منتفيا ولنا أنه عليه السلام نهى عن بيع الكلب الا كلب صيد

أو ماشية ولانه منتفع به حراسة واصطيادا فكان مالا فيجوز بيعه بخلاف الهوام المؤذية لانه لا ينتفع بها والحديث محمول على الابتداء قلعا لهم عن الاقتناء ولا نسلم نجاسة العين ولو سلم فيحرم التناول دون البيع قال (ولا يجوز بيع الخمر والخنزير) لقوله عليه السلام فيه ان الذي حرم شربها حرم بيعها وأكل ثمنها ولانه ليس بمال في حقنا وقد ذكرناه قال (وأهل الذمة في البياعات كالمسلمين) لقوله عليه السلام في ذلك الحديث فاعلمهم ان لهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين ولانهم مكلفون محتاجون كالمسلمين قال (الا في الخمر والخنزير خاصة) فان عقدهم على الخمر كعقد المسلم على العصير وعقدهم على الخنزير كعقد المسلم على الشاة لانها أموال في اعتقادهم ونحن أمرنا بان نتركهم وما يعتقدون دل عليه قول عمر رضي الله عنه ولوهم بيعها وخذوا العشر من أثمانها قال (ومن قال لغيره بع عبدك من فلان بالف درهم) على انى ضامن لك خمسمائة من الثمن سوى الالف ففعل فهو جائز ويأخذ الالف من المشترى والخمسمائة من الضامن وان كان لم يقل من الثمن جاز البيع بالف درهم ولا شئ على الضمين) وأصله ان الزيادة في الثمن والثمن جائزة عندنا وتلتحق باصل العقد خلافا لزفر والشافعي رحمه الله لانه تغيير للعقد من وصف مشروع الى وصف مشروع وهو كونه عدلا أو خاسرا أو رابحا ثم قد لا يستفيد المشترى بها شيأ بان زاد في الثمن وهو يساوى المبيع بدونها فيصح اشتراطها على الاجنبى كبدل الخلع لكن من شرطها المقابلة تسمية وصورة فاذا قال من الثمن وجد شرطها فيصح واذ لم يقل لم يوجد فلم يصح قال (ومن اشترى جارية ولم يقبضها حتى زوجها فوطئها الزوج فالنكاح جائز) لوجود سبب الولاية وهو الملك في الرقبة على الكمال وعليه المهر (وهذا قبض) لان وطء الزوج حصل بتسليط من جهته فصار فعله كفعله (وان لم يطأها فليس بقبض) والقياس أن يصير قابضا لانه تعييب حكمى فيعتبر بالتعييب الحقيقى وجه الاستحسان ان في الحقيقى استيلاء على المحل وبه يصير قابضا ولا كذلك الحكمى فافترقا قال (ومن اشترى عبدا فغاب والعبد في يد البائع واقام البائع البينة انه باعه اياه فان كانت غيبته معروفة لم يبع في دين البائع) لانه يمكن ايصال البائع الى حقه بدون البيع وفيه ابطال حق المشترى (وان لم يدر اين هو بيع العبد واوفى الثمن) لان ملك المشترى ظهر باقراره فيظهر على الوجه الذى أقر به مشغولا بحقه واذا تعذر استيفاؤه من المشترى يبيعه القاضى فيه كالراهن اذا مات والمشترى اذا مات مفلسا والمبيع لم يقبض بخلاف ما بعد القبض لان حقه لم يبق متعلقا به ثم ان فضل شئ يمسك للمشترى لانه بدل حقه وان نقص يتبع هو أيضا (فان كان المشترى اثنين فغاب أحدهما فللحاضر ان يدفع الثمن كله ويقبضه واذا حضر الآخر لم يأخذ نصيبه حتى ينقد شريكه الثمن كله) وهو قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله

(وقال أبو يوسف رحمه الله اذا دفع الحاضر الثمن كله لم يقبض الا نصيبه وكان متطوعا بما أدى عن صاحبه) لانه قضى دين غيره بغير أمره فلا يرجع عليه وهو أجنبي عن نصيب صاحبه فلا يقبضه ولهما أنه مضطر فيه لانه لا يمكنه الانتفاع بنصيبه الا باداء جميع الثمن لان البيع صفقة واحدة وله حق الحبس ما بقي شئ منه والمضطر يرجع كمعير الرهن واذا كان له أن يرجع عليه كان له حق الحبس عنه الى أن يستوفي حقه كالوكيل بالشراء اذا قضى الثمن من مال نفسه قال (ومن اشترى جارية بالف مثقال ذهب وفضة فهما نصفان) لانه أضاف المثقال اليهما على السواء فيجب من كل واحد منهما خمسمائة مثقال لعدم الاولوية وبمثله لو اشترى جارية بالف من الذهب والفضة يجب من الذهب مثاقيل ومن الفضة دراهم وزن سبعة لانه أضاف الالف اليهما فينصرف الى الوزن المعهود في كل واحد منهما قال (ومن له على آخر عشرة دراهم جياد فقضاه زيوفا وهو لا يعلم فانفقها أو هلكت فهو قضاء عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف رحمه الله يرد مثل زيوفه ويرجع بدراهمه) لان حقه في الوصف مرعي كهو في الاصل ولا يمكن رعايته بايجاب ضمان الوصف لانه لا قيمة له عند المقابلة بجنسه فوجب المصير الى ما قلنا ولهما انه من جنس حقه حتى لو تجوز به فيما لا يجوز الاستبدال جاز فيقع به الاستيفاء ولا يبقى حقه الا في الجودة ولا يمكن تداركها بايجاب ضمانها لما ذكرنا وكذا بايجاب ضمان الاصل لانه ايجاب له عليه ولا نظير له قال (واذا فرخ طير في أرض رجل فهو لمن أخذه) وكذا اذا باض فيها (وكذا اذا تكنس فيها ظبي) لانه مباح سبقت يده اليه ولانه صيد وان كان يؤخذ بغير حيلة والصيد لمن أخذه وكذا البيض لانه أصل الصيد ولهذا يجب الجزاء على المحرم بكسره أو شيه وصاحب الارض لم يعد أرضه لذلك فصار كنصب شبكة للجفاف وكذا اذا دخل الصيد داره أو وقع ما نثر من السكر أو الدراهم في ثيابه لم يكن له ما لم يكفه أو كان مستعدا له بخلاف ما اذا عسل النحل في أرضه لانه عد من انزاله فيملكه تبعا لارضه كالشجر النابت فيه والتراب المجتمع في أرضه بجريان الماء والله أعلم

﴿ كتاب الصرف ﴾

قال (الصرف هو البيع اذا كان كل واحد من عوضيه من جنس الاثمان) سمي به للحاجة الى النقل في بدليه من يد الى يد والصرف هو النقل والرد لغة أو لانه لا يطلب منه الا الزيادة اذ لا ينتفع بعينه والصرف هو الزيادة لغة كذا قاله الخليل ومنه سميت العبادة النافلة صرفا قال (فان باع فضة بفضة أو ذهبا بذهب لا يجوز الا مثلا بمثل وان اختلفا في الجودة والصياغة) لقوله عليه السلام الذهب بالذهب مثلا بمثل وزنا بوزن يدا بيد والفضل ربا الحديث وقال عليه

السلام جيدها ورديها سواء وقد ذكرناه في البيوع قال (ولا بد من قبض العوضين قبل الافتراق) لما روينا ولقول عمر رضي الله عنه وان استنظرك أن يدخل بيته فلا تنظره ولانه لا بد من قبض أحدهما ليخرج العقد عن الكالىء بالكالىء ثم لا بد من قبض الآخر تحقيقا للمساواة فلا يتحقق الربا ولان أحدهما ليس باولى من الآخر فوجب قبضهما سواء كانا يتعينان كالمصوغ أولا يتعينان كالمضروب أو يتعين أحدهما ولا يتعين الآخر لاطلاق ما روينا ولانه ان كان يتعين ففيه شبهة عدم التعيين لكونه ثمنا خلقة فيشترط قبضه اعتبارا للشبهة في الربا والمراد منه الافتراق بالابدان حتى لو ذهبا عن المجلس يمشيان معا في جهة واحدة أو ناما في المجلس أو أغمي عليهما لا يبطل الصرف لقول ابن عمر رضي الله عنه وان وثب من سطح فثب معه وكذا المعتبر ما ذكرناه في قبض رأس مال السلم بخلاف خيار المخيرة لانه يبطل بالاعراض فيه (وان باع الذهب بالفضة جاز التفاضل) لعدم المجانسة (ووجب التقابض) لقوله عليه السلام الذهب بالورق ربا الا هاء وهاء (فان افترقا في الصرف قبل قبض العوضين أو أحدهما بطل العقد) لفوات الشرط وهو القبض ولهذا لا يصح شرط الخيار فيه ولا الاجل لان باحدهما لا يبقى القبض مستحقا وبالثاني يفوت القبض المستحق الا اذا أسقط الخيار في المجلس فيعود الى الجواز لارتفاعه قبل تقرره وفيه خلاف زفر رحمه الله قال (ولا يجوز التصرف في ثمن الصرف قبل قبضه حتى لو باع دينارا بعشرة دراهم ولم يقبض العشرة حتى اشترى بها ثوبا فالبيع في الثوب فاسد) لان القبض مستحق بالعقد حقا لله تعالى وفي تجويزه فواته وكان ينبغي أن يجوز العقد في الثوب كما نقل عن زفر رحمه الله لان الدراهم لا تتعين فينصرف العقد الى مطلقها ولكنا نقول الثمن في باب الصرف مبيع لان البيع لا بد له منه ولا شيء سوى الثمنين فيجعل كل واحد منهما مبيعا لعدم الاولوية وبيع المبيع قبل القبض لا يجوز وليس من ضرورة كونه مبيعا أن يكون متعينا كما في المسلم فيه (ويجوز بيع الذهب بالفضة مجازفة) لان المساواة غير مشروطة فيه ولكن يشترط القبض في المجلس لما ذكرنا بخلاف بيعه بجنسه مجازفة لما فيه من احتمال الربا قال (ومن باع جارية قيمتها ألف مثقال فضة وفي عنقها طوق فضة قيمته ألف مثقال بالفي مثقال فضة ونقد من الثمن ألف مثقال ثم افترقا فالذي نقد ثمن الفضة) لان قبض حصة الطوق واجب في المجلس لكونه بدل الصرف والظاهر منه الاتيان بالواجب (وكذا لو اشتراها بالفي مثقال ألف نسيئة وألف نقدا فالنقد ثمن الطوق) لان الاجل باطل في الصرف جائز في بيع الجارية والمباشرة على وجه الجواز هو الظاهر منهما (وكذلك لو باع سيفا محلى بمائة درهم وحليته خمسون فدفع من الثمن خمسين جاز البيع وكان المقبوض حصة الفضة وان لم يبين ذلك لما بينا وكذا ان قال خذ

هذه الحسين من ثمنها) لان الاثنين قد يراد بذكرهما الواحد قال الله تعالى يخرج منهما اللؤلؤ والمرجان والمراد أحدهما فيحمل عليه بظاهر حاله (فان لم يتقابضا حتى افترقا بطل العقد فى الحلية) لانه صرف فيها (وكذا فى السيف ان كان لا يتخلص الا بضرر) لانه لا يمكن تسليمه بدون الضرر ولهذا لا يجوز افراده بالبيع كالجذع فى السقف (وان كان يتخلص السيف بغير ضرر جاز البيع فى السيف وبطل فى الحلية) لانه أمكن افراده بالبيع فصار كالطوق والجارية وهذا اذا كانت الفضة المفردة أزيد مما فيه فان كانت مثله أو أقل منه أو لا يدرى لا يجوز البيع للربا أو لاحتماله وجهة الصحة من وجه وجهة الفساد من وجهين فترجحت قال (ومن باع اناء فضة ثم افترقا وقد قبض بعض ثمنه بطل البيع فيما لم يقبض وصح فيما قبض وكان الاناء مشتركا بينهما) لانه صرف كله فصح فيما وجد شرطه وبطل فيما لم يوجد والفساد طارئ لانه يصح ثم يبطل بالافتراق فلا يشيع (ولو استحق بعض الاناء فالمشترى بالخيار ان شاء أخذ الباقى بحصته وان شاء رده) لان الشركة عيب فى الاناء (ومن باع قطعة نقرة ثم استحق بعضها أخذ ما بقى بحصته ولا خيار له) لانه لا يضره التبعيض قال (ومن باع درهمين ودينارا بدرهم ودينارين جاز البيع وجعل كل جنس منهما بخلافه) وقال زفر والشافعى رحمهما الله لا يجوز وعلى هذا الخلاف اذا باع كر شعير وكر حنطة بكرى حنطة وكرى شعير لهما ان فى الصرف الى خلاف الجنس تغيير تصرفه لانه قابل الجملة بالجملة ومن قضيته الانقسام على الشيوع لا على التعيين والتغيير لا يجوز وان كان فيه تصحيح التصرف كما اذا اشترى قلبا بعشرة وثوبا بعشرة ثم باعهما مرابحة لا يجوز وان أمكن صرف الربح الى الثوب وكذا اذا اشترى عبدا بالف درهم ثم باعه قبل نقد الثمن من البائع مع عبد آخر بالف وخمسمائة لا يجوز فى المشترى بالف وان أمكن تصحيحه بصرف الالف اليه وكذا اذا جمع بين عبده وعبد غيره وقال بعتك أحدهما لا يجوز وان أمكن تصحيحه بصرفه الى عبده وكذا اذا باع درهما وثوبا بدرهم وثوب وافترقا من غير قبض فسد العقد فى الدرهمين ولا يصرف الدرهم الى الثوب لما ذكرنا ولنا ان المقابلة المطلقة تحتمل مقابلة الفرد بالفرد كما فى مقابلة الجنس بالجنس وانه طريق متعين لتصحيحه فيحمل عليه تصحيحا للتصرفه وفيه تغيير وصفه لا أصله لانه يبقى موجبه الاصلى وهو ثبوت الملك فى الكل بمقابلة الكل وصار هذا كما اذا باع نصف عبد مشترك بينه وبين غيره ينصرف الى نصيبه تصحيحا لتصرفه بخلاف ما عد من المسائل اما مسئلة المرابحة فلانه يصير تولية فى القلب بصرف الربح كله الى الثوب والطريق فى المسئلة الثانية غير متعين لانه يمكن صرف الزيادة على الالف الى المشترى وفى الثالثة أضيف البيع الى المنكر وهو ليس بمحل للبيع والمعين ضده وفى الاخيرة انعقد العقد صحيحا والفساد

فى حالة البقاء وكلامنا فى الابتداء قال (ومن باع أحد عشر درهما بعشرة دراهم ودينار جاز البيع ويكون العشرة بمثلها والدينار بدرهم) لان شرط البيع فى الدراهم التماثل على مارويناه فالظاهر انه أراد به ذلك فبقى الدرهم بالدينار وهما جنسان ولا يعتبر التساوى فيهما (ولو تبايعا فضة بفضة أو ذهبا بذهب وأحدهما أقل ومع أقلهما شئ آخر تبلغ قيمته باقى الفضة جاز البيع من غير كراهية وان لم تبلغ فمع الكراهة وان لم يكن له قيمة كالتراب لا يجوز البيع) لتحقق الربا اذ الزيادة لا يقابلها عوض فيكون ربا (ومن كان له على آخر عشرة دراهم فباعه الذى عليه العشرة دينارا بعشرة دراهم ودفع الدينار وتقاصا العشرة بالعشرة فهو جائز) ومعنى المسئلة اذا باع بعشرة مطلقة ووجهه انه يجب بهذا العقد ثمن يجب عليه تعيينه بالقبض لما ذكرنا والدين ليس بهذه الصفة فلا تقع المقاصة بنفس البيع لعدم المجانسة فاذا تقاصا يتضمن ذلك فسخ الاول والاضافة الى الدين اذ لولا ذلك يكون استبدالا ببدل الصرف وفى الاضافة الى الدين تقع المقاصة بنفس العقد على ما نبينه والفسخ قد يثبت بطريق الاقتضاء كما اذا تبايعا بالف ثم بالف وخمسمائة وزفر رحمه الله يخالفنا فيه لانه لا يقول بالاقتضاء وهذا اذا كان الدين سابقا فان كان لاحقا فكذلك فى أصح الروايتين لتضمنه انفساخ الاول والاضافة الى دين قائم وقت تحويل العقد فكفى ذلك للجواز قال (ويجوز بيع درهم صحيح ودرهمى غلة بدرهمين صحيحين ودرهم غلة) والغلة ما يرده بيت المال ويأخذه التجار ووجهه تحقق المساواة فى الوزن وما عرف من سقوط اعتبار الجودة قال (واذا كان الغالب على الدراهم الفضة فهى فضة واذا كان الغالب على الدنانير الذهب فهى ذهب ويعتبر فيهما من تحريم التفاضل ما يعتبر فى الجياد حتى لا يجوز بيع الخالصة بها ولا بيع بعضها ببعض الا متساويا فى الوزن وكذا لا يجوز الاستقراض بها الا وزنا) لان النقود لا تخلو عن قليل غش عادة لانها لا تنطبع الا مع الغش وقد يكون الغش خلقيا كما فى الردىء منه فيلحق القليل بالرداءة والجيد والردىء سواء (وان كان الغالب عليهما الغش فليسا فى حكم الدراهم والدنانير) اعتبارا للغالب فان اشترى بها فضة خالصة فهو على الوجوه التى ذكرناها فى حلية السيف (وان بيعت بجنسها متفاضلا جاز صرفا للجنس الى خلاف الجنس) فهى فى حكم شيئين فضة وصفر ولكنه صرف حتى يشترط القبض فى المجلس لوجود الفضة من الجانبين فاذا شرط القبض فى الفضة يشترط فى الصفر لانه لا يتميز عنه الا بضرر قال رضى الله عنه ومشايخنا رحمهم الله لم يفتوا بجواز ذلك فى العدالى والغطارفة لانها أعز الاموال فى ديارنا فلو أبيح التفاضل فيه ينفتح باب الربا ثم ان كانت تروج بالوزن فالتبايع والاستقراض فيها بالوزن وان كانت تروج بالعد فبالعد وان كانت تروج بهما فبكل واحد منهما لان المعتبر هو المعتاد فيهما

اذا لم يكن فيهما نص ثم هي مادامت تروج تكون أثمانا لا تتعين بالتعيين واذا كانت لا تروج فهي
سلعة تتعين بالتعيين واذا كانت يتقبلها البعض دون البعض فهي كالزيوف لا يتعلق العقد بعينها
بل بجنسها زيوفا ان كان البائع يعلم بحالها لتحقق الرضا منه وبجنسها من الجياد ان كان لا يعلم
لعدم الرضا منه (واذا اشترى بها سلعة فكسدت وترك الناس المعاملة بها بطل البيع عند أبي
حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف رحمه الله عليه قيمتها يوم البيع وقال محمد رحمه الله قيمتها آخر
ما تعامل الناس بها) لهما أن العقد قد صح الا انه تعذر التسليم بالكساد وأنه لا يوجب الفساد كما
اذا اشترى بالرطب فانقطع أوانه واذا بقي العقد وجبت القيمة لكن عند أبي يوسف رحمه الله وقت
البيع لانه مضمون به وعند محمد رحمه الله يوم الانقطاع لانه أوان الانتقال الى القيمة ولابي
حنيفة رحمه الله أن الثمن يهلك بالكساد لان الثمنية بالاصطلاح وما بقي فيبقى بيعا بلا ثمن
فيبطل واذا بطل البيع يجب رد المبيع ان كان قائما وقيمته ان كان هالكا كما في البيع الفاسد قال (ويجوز
البيع بالفلوس) لانه مال معلوم فان كانت نافقة جاز البيع بها وان لم تتعين لانها أثمان بالاصطلاح
وان كانت كاسدة لم يجز البيع بها حتى يعينها لانها سلع فلا بد من تعيينها (واذا باع بالفلوس النافقة
ثم كسدت بطل البيع عند أبي حنيفة رحمه الله خلافا لهما) وهو نظير الاختلاف الذي بيناه (ولو
استقرض فلوسا نافقة فكسدت عند أبي حنيفة رحمه الله يجب عليه مثلها) لانه اعارة وموجبه
رد العين معنى والثمنية فضل فيه اذ القرض لا يختص به وعندهما تجب قيمتها لانه لما بطل
وصف الثمنية تعذر ردها كما قبض فيجب رد قيمتها كما اذا استقرض مثليا فانقطع لكن عند أبي
يوسف رحمه الله يوم القبض وعند محمد رحمه الله يوم الكساد على ما مر من قبل واصل الاختلاف
فيمن غصب مثليا فانقطع وقول محمد رحمه الله انظر للجانبين وقول أبي يوسف رحمه الله أيسر
قال (ومن اشترى شيأ بنصف درهم فلوس جاز وعليه ما يباع بنصف درهم من الفلوس وكذا
اذا قال بدانق فلوس أو بقيراط فلوس جاز) وقال زفر رحمه الله لا يجوز في جميع ذلك لانه اشترى
بالفلوس وانها تقدر بالعدد لا بالدانق ونصف الدرهم فلا بد من بيان عددها ونحن نقول ما يباع
بالدانق ونصف الدرهم من الفلوس معلوم عند الناس والكلام فيه فاغنى عن بيان العدد ولو قال
بدرهم فلوس أو بدرهمي فلوس فكذلك عند أبي يوسف رحمه الله لان ما يباع بالدرهم من الفلوس
معلوم وهو المراد لا وزن الدرهم من الفلوس وعن محمد أنه لا يجوز بالدرهم ويجوز فيما دون الدرهم
لان في العادة المبايعة بالفلوس فيما دون الدرهم فصار معلوما بحكم العادة ولا كذلك الدرهم قالوا
وقول أبي يوسف رحمه الله أصح لا سيما في ديارنا قال (ومن أعطى صيرفيا درهما وقال أعطني
بنصفه فلوسا وبنصفه نصفا الا حبة جاز البيع في الفلوس وبطل فيما بقي عندهما) لان بيع

نصف درهم بالفلوس جائز وبيع النصف بنصف الاحبة ربا فلا يجوز (وعلى قياس قول ابى حنيفة رحمه الله بطل فى الكل) لان الصفقة متحدة والفساد قوى فيشيع وقد مر نظيره ولو كرر لفظ الاعطاء كان جوابه كجوابهما هو الصحيح لانهما بيعان (ولو قال اعطنى نصف درهم فلوسا ونصفا الاحبة جاز) لانه قابل الدرهم بما يباع من الفلوس بنصف درهم وبنصف درهم الاحبة فيكون نصف درهم الاحبة بمثله وما وراءه بازاء الفلوس قال رضى الله عنه وفى اكثر نسخ المختصر ذكر المسئلة الثانية والله تعالى اعلم بالصواب

﴿ كتاب الكفالة ﴾

قال (الكفالة هى الضم لغة) قال الله تعالى وكفلها زكريا ثم قيل هى ضم الذمة الى الذمة فى المطالبة وقيل فى الدين والاول اصح قال (الكفالة ضربان كفالة بالنفس وكفالة بالمال فالكفالة بالنفس جائزة والمضمون بها احضار المكفول به) وقال الشافعى رحمه الله لا يجوز لانه كفل بما لا يقدر على تسليمه اذ لا قدرة له على نفس المكفول به بخلاف الكفالة بالمال لان له ولاية على مال نفسه ولنا قوله عليه السلام الزعيم غارم وهذا يفيد مشروعية الكفالة بنوعيها ولانه يقدر على تسليمه بطريقه بان يعلم الطالب مكانه فيخلى بينه وبينه او يستعين باعوان القاضى فى ذلك والحاجة ماسة اليه وقد امكن تحقيق معنى الكفالة وهو الضم فى المطالبة فيه قال (وتنعقد اذا قال تكفلت بنفس فلان او برقبته او بروحه او بجسده او براسه وكذا ببدنه وبوجهه) لان هذه الالفاظ يعبر بها عن البدن اما حقيقة او عرفا على ما مر فى الطلاق وكذا اذا قال بنصفه او بثلثه او بجزء منه لان النفس الواحدة فى حق الكفالة لا تتجزأ فكان ذكر بعضها شائعا كذكر كلها بخلاف ما اذا قال تكفلت بيد فلان او برجله لانه لا يعبر بهما عن البدن حتى لا تصح اضافة الطلاق اليهما وفيما تقدم تصح (وكذا اذا قال ضمنته) لانه تصريح بموجبه (او قال هو على) لانه صيغة الالتزام (او قال الى) لانه فى معنى على فى هذا المقام قال عليه السلام ومن ترك مالا فلورثته ومن ترك كلا او عيالا فالى (وكذا اذا قال انا زعيم به او قبيل به) لان الزعامة هى الكفالة وقد روينا فيه والقبيل هو الكفيل ولهذا سمى الصك قبالة بخلاف ما اذا قال انا ضامن لمعرفته لانه التزم المعرفة دون المطالبة قال (فان شرط فى الكفالة بالنفس تسليم المكفول به فى وقت بعينه لزمه احضاره اذا طالبه فى ذلك الوقت) وفاء بما التزمه (فان احضره والا حبسه الحاكم) لامتناعه عن ايفاء حق مستحق عليه ولكن لا يحبسه اول مرة فلعله ما درى لماذا يدعى ولو غاب المكفول بنفسه امهله الحاكم مدة ذهابه ومجيئه فان مضت ولم يحضره يحبسه لتحقق امتناعه عن ايفاء الحق قال (وكذا اذا ارتد والعياذ بالله ولحق بدار الحرب) وهذا لانه عاجز

في المدة فينظره كالذي اعسر ولو سلمه قبل ذلك برئ لان الاجل حقه فيملك اسقاطه كما في الدين المؤجل قال (واذا احضره وسلمه في مكان يقدر المكفول له ان يخاصمه فيه مثل ان يكون في مصر برئ الكفيل من الكفالة) لانه أتى بما التزمه وحصل المقصود به وهذا لانه ما التزم التسليم الا مرة (واذا كفل على ان يسلمه في مجلس القاضي فسلمه في السوق برئ) لحصول المقصود وقيل في زماننا لا يبرأ لان الظاهر المعاونة على الامتناع لا على الاحضار فكان التقييد مفيدا (وان سلمه في برية لم يبرأ) لانه لا يقدر على المخاصمة فيها فلم يحصل المقصود وكذا اذا سلمه في سواد لعدم قاض يفصل الحكم فيه ولو سلم في مصر آخر غير المصر الذي كفل فيه برئ عند أبي حنيفة رحمه الله للقدرة على المخاصمة فيه وعندهما لا يبرأ لانه قد تكون شهوده فيما عينه ولو سلمه في السجن وقد حبسه غير الطالب لا يبرأ لانه لا يقدر على المخاصمة فيه قال (واذا مات المكفول به برئ الكفيل بالنفس من الكفالة) لانه عجز عن احضاره ولانه سقط الحضور عن الاصيل فيسقط الاحضار عن الكفيل وكذا اذا مات الكفيل لانه لم يبق قادرا على تسليم المكفول بنفسه وماله لا يصلح لايفاء هذا الواجب بخلاف الكفيل بالمال ولو مات المكفول له فللوصي ان يطالب الكفيل فان لم يكن فللوارث لقيامه مقام الميت قال (ومن كفل بنفس آخر ولم يقل اذا دفعت اليك فانا بريء فدفعه اليه فهو بريء) لانه موجب التصرف فيثبت بدون التنصيص عليه ولا يشترط قبول الطالب التسليم كما في قضاء الدين ولو سلم المكفول به نفسه من كفالته صح لانه مطالب بالخصومة فكان له ولاية الدفع وكذا اذا سلمه اليه وكيل الكفيل ورسوله لقيامهما مقامه قال (فان تكفل بنفسه على انه ان لم يواف به الى وقت كذا فهو ضامن لما عليه وهو ألف فلم يحضره الى ذلك الوقت لزمه ضمان المال) لان الكفالة بالمال معلقة بشرط عدم الموافاة وهذا التعليق صحيح فاذا وجد الشرط لزمه المال (ولا يبرأ عن الكفالة بالنفس) لان وجوب المال عليه بالكفالة لا ينافي الكفالة بنفسه اذ كل واحد منهما للتوثق وقال الشافعي لا تصح هذه الكفالة لانه تعليق سبب وجوب المال بالخطر فاشبه البيع ولنا انه يشبه البيع ويشبه النذر من حيث انه التزام فقلنا لا يصح تعليقه بمطلق الشرط كهبوب الريح ونحوه ويصح بشرط متعارف عملا بالشبهين والتعليق بعدم الموافاة متعارف (ومن كفل بنفس رجل وقال ان لم يواف به غدا فعليه المال فان مات المكفول عنه ضمن المال) لتحقق الشرط وهو عدم الموافاة قال (ومن ادعى على آخر مائة دينار بينها أو لم يبينها حتى تكفل بنفسه رجل على انه ان لم يواف به غدا فعليه المائة فلم يواف به غدا فعليه المائة عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله ان لم يبينها حتى تكفل به رجل ثم ادعى بعد ذلك لم يلتفت الى دعواه) لانه علق

مالا مطلقا بخطر الا يرى انه لم ينسبه الى ما عليه ولا تصح الكفالة على هذا الوجه وان بينها ولانه
لم يصح الدعوى من غير بيان فلا يجب احضار النفس واذا لم يجب لا تصح الكفالة بالنفس فلا
تصح بالمال لانه بناء عليه بخلاف ما اذا بين ولهما ان المال ذكر معروفا فينصرف الى ما عليه
والعادة جرت بالاجمال فى الدعاوى فتصح الدعوى على اعتبار البيان فاذا بين التحق البيان باصل
الدعوى فتبين صحة الكفالة الاولى فيترتب عليها الثانية قال (ولا تجوز الكفالة بالنفس فى الحدود
والقصاص عند ابى حنيفة رحمه الله) معناه لا يجبر عليها عنده وقالا يجبر فى حد القذف لان فيه
حق العبد وفى القصاص لانه خالص حق العبد فيليق بهما الاستيثاق كما فى التعزير بخلاف الحدود
الخالصة لله تعالى ولابى حنيفة رحمه الله قوله عليه السلام لا كفالة فى حد من غير فصل ولان مبنى
الكل على الدرء فلا يجب فيها الاستيثاق بخلاف سائر الحقوق لانها لا تندرئ بالشبهات فيليق بها
الاستيثاق كما فى التعزير (ولو سمحت نفسه به يصح بالاجماع) لانه امكن ترتيب موجبه عليه
لان تسليم النفس فيها واجب فيطالب به الكفيل فيتحقق الضم قال (ولا يحبس فيها حتى يشهد
شاهدان مستوران او شاهد عدل يعرفه القاضى) لان الحبس للتهمة ههنا والتهمة تثبت
باحد شطرى الشهادة اما العدد او العدالة بخلاف الحبس فى باب الاموال لانه اقصى عقوبة فيه
فلا يثبت الا بحجة كاملة وذكر فى كتاب ادب القاضى ان على قولهما لا يحبس فى الحدود
او القصاص بشهادة الواحد لحصول الاستيثاق بالكفالة قال (والرهن والكفالة جائزان فى
الخراج) لانه دين مطالب به ممكن الاستيفاء فيمكن ترتيب موجب العقد عليه فيهما قال (ومن
اخذ من رجل كفيلا بنفسه ثم ذهب فاخذ منه كفيلا آخر فهما كفيلان) لان موجبه التزام
المطالبة وهى متعددة والمقصود التوثق وبالثانية يزداد التوثق فلا يتنافيان (واما الكفالة بالمال
فجائزة معلوما كان المكفول به او مجهولا اذا كان دينا صحيحا مثل ان يقول تكفلت عنه بالف او
بمالك عليه او بما يدركك فى هذا البيع) لان مبنى الكفالة على التوسع فيتحمل فيها الجهالة وعلى
الكفالة بالدرك اجماع وكفى به حجة وصار كما اذا كفل بشجة صحت الكفالة وان احتملت
السراية والاقتصار وشرط ان يكون دينا صحيحا ومراده ان لا يكون بدل الكتابة وسيأتيك
فى موضعه ان شاء الله قال (والمكفول له بالخيار ان شاء طالب الذى عليه الاصل وان شاء
طالب كفيله) لان الكفالة ضم الذمة الى الذمة فى المطالبة وذلك يقتضى قيام الاول لا البراءة عنه
الا اذا شرط فيه البراءة فحينئذ تنعقد حوالة اعتبارا للمعنى كما ان الحوالة بشرط ان لا يبرأ بها
المحيل تكون كفالة (ولو طالب احدهما له ان يطالب الآخر وله ان يطالبهما) لان مقتضاه الضم
بخلاف المالك اذا اختار تضمين احد الغاصبين لان اختياره احدهما يتضمن التمليك منه فلا

يمكنه

يمكنه التمليك من الثاني اما المطالبة بالكفالة لا تتضمن التمليك فوضح الفرق قال (ويجوز تعليق الكفالة بالشروط) مثل أن يقول ما بايعت فلانا فعلي أو ما ذاب لك عليه فعلي أو ما غصبك فعلي والاصل فيه قوله تعالى ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم والاجماع منعقد على صحة ضمان الدرك ثم الاصل انه يصح تعليقها بشرط ملائم لها مثل أن يكون شرطا لوجوب الحق كقوله اذا استحق المبيع أو لامكان الاستيفاء مثل قوله اذا قدم زيد وهو مكفول عنه أو لتعذر الاستيفاء مثل قوله اذا غاب عن البلدة وما ذكر من الشروط في معنى ما ذكرناه فاما لا يصح التعليق بمجرد الشرط كقوله ان هبت الريح أو جاء المطر وكذا اذا جعل واحد منهما أجلا الا أنه تصح الكفالة ويجب المال حالا لان الكفالة لما صح تعليقها بالشرط لا تبطل بالشروط الفاسدة كالطلاق والعتاق (فان قال تكفلت بمالك عليه فقامت البينة بالف عليه ضمنه الكفيل) لان الثابت بالبينة كالثابت معاينة فيتحقق ما عليه فيصح الضمان به (وان لم تقم البينة فالقول قول الكفيل مع يمينه في مقدار ما يعترف به) لانه منكر للزيادة (فان اعترف المكفول عنه باكثر من من ذلك لم يصدق على كفيله) لانه اقرار على الغير ولا ولاية له عليه (ويصدق في حق نفسه) لولايته عليها قال (وتجوز الكفالة بامر المكفول عنه وبغير أمره) لاطلاق ما روينا ولانه التزام المطالبة وهو تصرف في حق نفسه وفيه نفع الطالب ولا ضرر فيه على المطلوب بثبوت الرجوع اذ هو عند أمره وقد رضي به (فان كفل بامره رجع بما أدى عليه) لانه قضى دينه بامره (وان كفل بغير أمره لم يرجع بما يؤديه) لانه متبرع بادائه وقوله رجع بما أدى معناه اذا أدى ما ضمنه اما اذا أدى خلافه رجع بما ضمن لانه ملك الدين بالاداء فنزل منزلة الطالب كما اذا ملكه بالهبة أو بالارث وكما اذا ملكه المحتال عليه بما ذكرنا في الحوالة بخلاف المأمور بقضاء الدين حيث يرجع بما أدى لانه لم يجب عليه شيء حتى يملك الدين بالاداء وبخلاف ما اذا صالح الكفيل الطالب عن الالف على خمسمائة لانه اسقاط فصار كما اذا أبرأ الكفيل قال (وليس للكفيل أن يطالب المكفول عنه بالمال قبل أن يؤدي عنه) لانه لا يملكه قبل الاداء بخلاف الوكيل بالشراء حيث يرجع قبل الاداء لانه انعقد بينهما مبادلة حكمية قال (فان لوزم بالمال كان له أن يلازم المكفول عنه حتى يخلصه) وكذا اذا حبس كان له أن يحبسه لانه لحقه ما لحقه من جهته فيعامله بمثله (واذا أبرأ الطالب المكفول عنه أو استوفى منه برئ الكفيل) لان براءة الاصيل توجب براءة الكفيل لان الدين عليه في الصحيح (وان أبرأ الكفيل لم يبرأ الاصيل عنه) لانه تبع ولان عليه المطالبة وبقاء الدين على الاصيل بدونه جائز (وكذا اذا أخر الطالب عن الاصيل فهو تأخير عن الكفيل ولو أخر عن الكفيل لم يكن تأخيرا عن الذي عليه الاصل) لان التأخير ابراء موقت فيعتبر بالابراء المؤبد

بخلاف ما اذا كفل بالمال الحال مؤجلا الى شهر فانه يتأجل عن الاصيل لانه لا حق له الا الدين حال وجود الكفالة فصار الاجل داخلا فيه اما ههنا فبخلافه قال (فان صالح الكفيل رب المال عن الالف على خمسمائة فقد برئ الكفيل والذى عليه الاصل) لانه اضاف الصلح الى الالف الدين وهى على الاصيل فبرئ عن خمسمائة لانه اسقاط وبراءته توجب براءة الكفيل ثم برئا جميعا عن خمسمائة باداء الكفيل ويرجع الكفيل على الاصيل بخمسمائة ان كانت الكفالة بامره بخلاف ما اذا صالح على جنس آخر لانه مبادلة حكمية فملكه فيرجع بجميع الالف ولو كان صالحه عما استوجب بالكفالة لا يبرأ الاصيل لان هذا ابراء الكفيل عن المطالبة قال (ومن قال لكفيل ضمن له مالا قد برئت الى من المال رجع الكفيل على المكفول عنه) معناه بما ضمن له بامره لان البراءة التى ابتداؤها من المطلوب وانتهاؤها الى الطالب لا تكون الا بالايفاء فيكون هذا اقرارا بالاداء فيرجع (وان قال أبرأتك لم يرجع الكفيل على المكفول عنه) لانه براءة لا تنتهى الى غيره وذلك بالاسقاط فلم يكن اقرارا بالايفاء فلو قال برئت قال محمد هو مثل الثانى لانه يحتمل البراءة بالاداء اليه والابراء فيثبت الادنى اذ لا يرجع الكفيل بالشك وقال ابو يوسف رحمه الله هو مثل الاول لانه أقر ببراءة ابتداؤها من المطلوب واليه الايفاء دون الابراء وقيل فى جميع ماذكرنا اذا كان الطالب حاضرا يرجع فى البيان اليه لانه هو المجمل قال (ولا يجوز تعليق البراءة من الكفالة بالشرط) لما فيه من معنى التمليك كما فى سائر البراآت ويروى انه يصح لان عليه المطالبة دون الدين فى الصحيح فكان اسقاطا محضا كالطلاق ولهذا لا يرتد الابراء عن الكفيل بالرد بخلاف ابراء الاصيل (وكل حق لا يمكن استيفاؤه من الكفيل لا تصح الكفالة به كالحدود والقصاص) معناه بنفس الحد لا بنفس من عليه الحد لانه يتعذر ايجابه عليه وهذا لان العقوبة لا تجرى فيها النيابة (واذا تكفل عن المشترى بالثمن جاز) لانه دين كسائر الديون (وان تكفل عن البائع بالمبيع لم تصح) لانه عين مضمون بغيره وهو الثمن والكفالة بالاعيان المضمونة وان كانت تصح عندنا خلافا للشافعى لكن بالاعيان المضمونة بنفسها كالمبيع بيعا فاسدا والمقبوض على سوم الشراء والمغصوب لا بما كان مضمونا بغيره كالمبيع والمرهون ولا بما كان أمانة كالوديعة والمستعار والمستأجر ومال المضاربة والشركة ولو كفل بتسليم المبيع قبل القبض أو بتسليم الرهن بعد القبض الى الراهن أو بتسليم المستأجر الى المستأجر جاز لانه التزم فعلا واجبا (ومن استأجر دابة للحمل عليها فان كانت بعينها لا تصح الكفالة بالحمل) لانه عاجز عنه (وان كانت بغير عينها جازت الكفالة) لانه يمكنه الحمل على دابة نفسه والحمل هو المستحق (وكذا من استأجر عبدا للخدمة فكفل له رجل بخدمته فهو باطل) لما بينا قال (ولا تصح الكفالة الا بقبول المكفول له فى المجلس)

وهذا

وهذا عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف آخرا يجوز اذا بلغه فاجاز ولم يشترط فى بعض النسخ الاجازة والخلاف فى الكفالة بالنفس والمال جميعا له أنه تصرف التزام فيستبد به الملتزم وهذا وجه هذه الرواية عنه ووجه التوقف ما ذكرناه فى الفضولى فى النكاح ولهما أن فيه معنى التمليك وهو تمليك المطالبة منه فيقوم بهما جميعا والموجود شطره فلا يتوقف على ماوراء المجلس قال (الا فى مسئلة واحدة وهى أن يقول المريض لوارثه تكفل عنى بما على من الدين فكفل به مع غيبة الغرماء جاز) لان ذلك وصية فى الحقيقة ولهذا تصح وان لم يسم المكفول لهم ولهذا قالوا انما تصح اذا كان له مال أو يقال انه قائم مقام الطالب لحاجته اليه تفريغا لذمته وفيه نفع الطالب فصار كما اذا حضر بنفسه وانما يصح بهذا اللفظ ولا يشترط القبول لانه يراد به التحقيق دون المساومة ظاهرا فى هذه الحالة فصار كالامر بالنكاح ولو قال المريض ذلك لاجنبى اختلف المشايخ فيه قال (واذا مات الرجل وعليه ديون ولم يترك شيأ فتكفل عنه رجل للغرماء لم تصح عند أبى حنيفة وقالا تصح) لانه كفل بدين ثابت لانه وجب لحق الطالب ولم يوجد المسقط ولهذا يبقى فى حق أحكام الآخرة ولو تبرع به انسان يصح وكذا يبقى اذا كان به كفيل أو مال وله أنه كفل بدين ساقط لان الدين هو الفعل حقيقة ولهذا يوصف بالوجوب لكنه فى الحكم مال لانه يؤل اليه فى المآل وقد عجز بنفسه وبخلفه ففات عاقبة الاستيفاء فيسقط ضرورة والتبرع لا يعتمد قيام الدين واذا كان به كفيل أو له مال فخلفه أو الافضاء الى الاداء باق قال (ومن كفل عن رجل بألف عليه بأمره فقضاه الالف قبل أن يعطيه صاحب المال فليس له أن يرجع فيها) لانه تعلق به حق القابض على احتمال قضائه الدين فلا يجوز المطالبة ما بقى هذا الاحتمال كمن عجل زكاته ودفعها الى الساعى ولانه ملكه بالقبض على ما نذكر بخلاف ما اذا كان الدفع على وجه الرسالة لانه تمحض أمانة فى يده (وان ربح الكفيل فيه فهو له لا يتصدق به) لانه ملكه حين قبضه أما اذا قضى الدين فظاهر وكذا اذا قضى المطلوب بنفسه وثبت له حق الاسترداد لانه وجب له على المكفول عنه مثل ما وجب للطالب عليه الا أنه أخرت المطالبة الى وقت الاداء فنزل منزلة الدين المؤجل ولهذا لو أبرأ الكفيل المطلوب قبل أدائه يصح فكذا اذا قبضه يملكه الا أن فيه نوع خبث نبينه فلا يعمل مع الملك فيما لا يتعين وقد قررناه فى البيوع (ولو كانت الكفالة بكر حنطة فقبضها الكفيل فباعها وربح فيها فالربح له فى الحكم) لما بينا أنه ملكه قال (وأحب الى أن يرده على الذى قضاه الكر ولا يجب عليه فى الحكم) وهذا عند أبى حنيفة فى رواية الجامع الصغير وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله هو له ولا يرده على الذى قضاه وهو رواية عنه وعنه أنه يتصدق به لهما أنه ربح فى ملكه على الوجه الذى بيناه فيسلم له وله أنه تمكن الخبث مع الملك

امالانه سبيل من الاسترداد بان يقضيه بنفسه أولانه رضى به على اعتبار قضاء الكفيل فاذا قضاه بنفسه لم يكن راضيا به وهذا الخبث يعمل فيما يتعين فيكون سبيله التصدق فى روايه ويرده عليه فى روايه لان الخبث لحقه وهذا أصح لكنه استحباب لا جبر لان الحق له قال (ومن كفل عن رجل بالف عليه بامره فأمره الاصيل أن يتعين عليه حريرا ففعل فالشراء للكفيل والربح الذى ربحه البائع فهو عليه) ومعناه الامر ببيع العينة مثل أن يستقرض من تاجر عشرة فيتأبى عليه ويبيع منه ثوبا يساوى عشرة بخمسة عشر مثلا رغبه فى نيل الزيادة ليبيعه المستقرض بعشرة ويتحمل عليه خمسه سمى به لمافيه من الاعراض عن الدين الى العين وهو مكروه لمافيه من الاعراض عن مبرة الاقراض مطاوعة لمذموم البخل ثم قيل هذا ضمان لما يخسر المشترى نظرا الى قوله على وهو فاسد وليس بتوكيل وقيل هو توكيل فاسد لان الحرير غير متعين وكذ الثمن غير معلوم لجهالة مازاد على الدين وكيفما كان فالشراء للمشترى وهو الكفيل والربح أى الزيادة عليه لانه العاقد قال (ومن كفل عن رجل بماذاب له عليه أو بما قضى له عليه فغاب المكفول عنه فاقام المدعى البينة على الكفيل ان له على المكفول عنه ألف درهم لم تقبل بينته) لان المكفول به مال مقضى به وهذا فى لفظة القضاء ظاهر وكذا فى الاخرى لان معنى ذاب تقرر وهو بالقضاء أومال يقضى به وهذا ماض أريد به المستأنف كقوله أطال الله بقاءك والدعوى مطلقة عن ذلك فلا تصح (ومن أقام البينة ان له على فلان كذا وان هذا كفيل عنه امره فانه يقضى به على الكفيل وعلى المكفول عنه وان كانت الكفالة بغير امره يقضى على الكفيل خاصة) وانما تقبل لان المكفول به مال مطلق بخلاف ماتقدم وانما يختلف بالامر وعدمه لانهما يتغايران لان الكفالة بامر تبرع ابتداء ومعاوضة انتهاء وبغير أمر تبرع ابتداء وانتهاء فبدعواه أحدهما لا يقضى له بالآخر واذا قضى بها بالامر ثبت أمره وهو يتضمن الاقرار بالمال فيصير مقضيا عليه والكفالة بغير أمره لا تمس جانبه لانه تعتمد صحتها قيام الدين فى زعم الكفيل فلا يتعدى اليه وفى الكفالة بامره يرجع الكفيل بما أدى على الآمر وقال زفر لا يرجع لانه لما أنكر فقد ظلم فى زعمه فلا يظلم غيره ونحن نقول صار مكذبا شرعا فبطل مازعمه قال (ومن باع دارا وكفل رجل عنه بالدرك فهو تسليم) لان الكفالة لو كانت مشروطة فى البيع فتمامه بقبوله ثم بالدعوى يسعى فى نقض ماتم من جهته وان لم تكن مشروطة فيه فالمراد بها أحكام البيع وترغيب المشترى فيه اذ لا يرغب فيه دون الكفالة فنزل منزلة الاقرار بملك البائع قال (ولو شهد وختم ولم يكفل لم يكن تسليما وهو على دعواه) لان الشهادة لا تكون مشروطة فى البيع ولا هى باقرار بالملك لان البيع مرة يوجد من المالك وتارة من غيره ولعله كتب الشهادة

يحفظ الحادثة بخلاف ما تقدم قالوا اذا كتب فى الصك باع وهو يملكه أو بيعا باتا نافذا وهو
كتب شهد بذلك فهو تسليم الا اذا كتب الشهادة على اقرار المتعاقدين

﴿فصل فى الضمان﴾ (ومن باع لرجل ثوبا وضمن له الثمن أو مضارب ضمن ثمن متاع لرب المال
فالضمان باطل) لان الكفالة التزام المطالبة وهى اليهما فيصير كل واحد منهما ضامنا لنفسه
ولان المال امانة فى ايديهما والضمان تغيير لحكم الشرع فيرد عليه كاشتراطه على المودع والمستعير
(وكذا رجلان باعا عبدا صفقة واحدة وضمن أحدهما لصاحبه حصته من الثمن) لانه لو صح
الضمان مع الشركة يصير ضامنا لنفسه ولو صح فى نصيب صاحبه خاصة يؤدى الى قسمة الدين
قبل قبضه ولا يجوز ذلك بخلاف ما اذا باعا صفقتين لانه لا شركة الا ترى ان للمشترى ان يقبل
نصيب أحدهما ويقبض اذا نقد ثمن حصته وان قبل الكل قال (ومن ضمن عن آخر خراجه
ونوائبه وقسمته فهو جائز) اما الخراج فقد ذكرناه وهو يخالف الزكاة لانها مجرد فعل ولهذا
لا تؤدى بعد موته من تركته الا بوصية واما النوائب فان أريد بها ما يكون بحق ككرى النهر
المشترك وأجر الحارس والموظف لتجهيز الجيش وفداء الاسارى وغيرها جازت الكفالة بها على
الاتفاق وان أريد بها ما ليس بحق كالجبايات فى زماننا ففيه اختلاف المشايخ رحمهم الله وممن
يميل الى الصحة الامام على البزدوى واما القسمة فقد قيل هى النوائب بعينها أو حصة منها
والرواية باو وقيل هى النائبة الموظفة الراتبة والمراد بالنوائب ما ينوبه غير راتب والحكم ما بيناه
(ومن قال لآخر لك على مائة الى شهر وقال المقر له هى حالة فالقول قول المدعى ومن قال ضمنت لك
عن فلان مائة الى شهر وقال المقر له هى حالة فالقول قول الضامن) ووجه الفرق ان المقر أقر
بالدين ثم ادعى حقا لنفسه وهو تاخير المطالبة الى أجل وفى الكفالة ما أقر بالدين لانه لا دين عليه
فى الصحيح انما أقر بمجرد المطالبة بعد الشهر ولان الاجل فى الديون عارض حتى لا يثبت الا
بشرط فكان القول قول من أنكر الشرط كما فى الخيار اما الاجل فى الكفالة فنوع منها حتى يثبت
من غير شرط بان كان مؤجلا على الاصيل والشافعى رحمه الله الحق الثانى بالاول وأبو يوسف
رحمه الله فيما يروى عنه الحق الاول بالثانى والفرق قد أوضحناه قال (ومن اشترى جارية
فكفل له رجل بالدرك فاستحقت لم يأخذ الكفيل حتى يقضى له بالثمن على البائع) لان بمجرد
الاستحقاق لا ينتقض البيع على ظاهر الرواية ما لم يقض له بالثمن على البائع فلم يجب له على
الاصيل رد الثمن فلا يجب على الكفيل بخلاف القضاء بالحرية لان البيع يبطل بها لعدم المحلية
فيرجع على البائع والكفيل وعن أبى يوسف رحمه الله انه يبطل البيع بالاستحقاق فعلى قياس
قوله يرجع بمجرد الاستحقاق وموضعه أوائل الزيادات فى ترتيب الاصل (ومن اشترى عبدا

فضمن له رجل بالعهدة فالضمان باطل) لان هذه اللفظة مشتبهة قد تقع على الصك القديم وهو ملك البائع فلا يصح ضمانه وقد تقع على العقد وعلى حقوقه وعلى الدرك وعلى الخيار ولكل ذلك وجه فتعذر العمل بها بخلاف الدرك لانه استعمل فى ضمان الاستحقاق عرفا ولو ضمن الخلاص لا يصح عند أبى حنيفة لانه عبارة عن تخليص المبيع وتسليمه لا محالة وهو غير قادر عليه وعندهما هو بمنزلة الدرك وهو تسليم المبيع أو قيمته فيصح

﴿باب كفالة الرجلين﴾

(واذا كان الدين على اثنين وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه كما اذا اشتريا عبدا بالف درهم وكفل كل واحد منهما عن صاحبه فما أدى أحدهما لم يرجع على شريكه حتى يزيد ما يؤديه على النصف فيرجع بالزيادة) لان كل واحد منهما فى النصف أصيل وفى النصف الآخر كفيل ولا معارضة بين ما عليه بحق الاصالة وبحق الكفالة لان الاول دين والثانى مطالبة ثم هو تابع الاول فيقع عن الاول وفى الزيادة لا معارضة فيقع عن الكفالة ولانه لو وقع فى النصف عن صاحبه فيرجع عليه فلصاحبه ان يرجع لان اداء نائبه كادائه فيؤدى الى الدور (واذا كفل رجلان عن رجل بمال على ان كل واحد منهما كفيل عن صاحبه فكل شئ اداه أحدهما رجع على صاحبه بنصفه قليلا كان أو كثيرا) ومعنى المسئلة فى الصحيح ان تكون الكفالة بالكل عن الاصيل وبالكل عن الشريك والمطالبة متعددة فتجتمع الكفالتان على ما مر وموجبها التزام المطالبة فتصح الكفالة عن الكفيل كما تصح الكفالة عن الاصيل وكما تصح الحوالة من المحتال عليه واذا عرف هذا فما أداه أحدهما وقع شائعا عنهما اذ الكل كفالة فلا ترجيح للبعض على البعض بخلاف ما تقدم فيرجع على شريكه بنصفه ولا يؤدى الى الدور لان قضيته الاستواء وقد حصل برجوع أحدهما بنصف ما أدى فلا ينقض برجوع الآخر عليه بخلاف ما تقدم ثم يرجعان على الاصيل لانهما أديا عنه أحدهما بنفسه والآخر بنائبه (وان شاء رجع بالجميع على المكفول عنه) لانه كفل بجميع المال عنه بامره قال (واذا أبرأ رب المال أحدهما أخذ الآخر بالجميع) لان ابراء الكفيل لا يوجب براءة الاصيل فبقى المال كله على الاصيل والآخر كفيل عنه بكله على ما بيناه ولهذا يأخذه به قال (واذا افترق المتفاوضان فلاصحاب الديون ان يأخذوا أيهما شاؤا بجميع الدين) لان كل واحد منهما كفيل عن صاحبه على ما عرف فى الشركة (ولا يرجع أحدهما على صاحبه حتى يؤدى أكثر من النصف) لما مر من الوجهين فى كفالة الرجلين قال (واذا كوتب العبدان كتابة واحدة وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه فكل شئ أداه أحدهما رجع على صاحبه بنصفه) ووجهه ان هذا العقد جائز

استحسانا وطريقه ان يجعل كل واحد منهما أصيلا فى حق وجوب الالف عليه فيكون عتقهما معلقا بادائه ويجعل كفيلا بالالف فى حق صاحبه وسنذكره فى المكاتب ان شاء الله تعالى واذا عرف ذلك فما أداه أحدهما رجع بنصفه على صاحبه لاستوائهما ولو رجع بالكل لا تتحقق المساواة قال (ولو لم يؤديا شيأ حتى أعتق المولى أحدهما جاز العتق) لمصادفته ملكه وبرئ عن النصف لانه ما رضى بالتزام المال الا ليكون المال وسيلة الى العتق وما بقى وسيلة فيسقط ويبقى النصف على الآخر لان المال فى الحقيقة مقابل برقبتهما وانما جعل على كل واحد منهما احتيالا لتصحيح الضمان واذا جاء العتق استغنى عنه فاعتبر مقابلا برقبتهما فلهذا يتنصف وللمولى أن يأخذ بحصة الذى لم يعتق أيهما شاء المعتق بالكفالة وصاحبه بالاصالة فان أخذ الذى أعتق رجع على صاحبه بما يؤدى لانه مؤد عنه بامره وان أخذ الآخر لم يرجع على المعتق بشئ لانه أدى عن نفسه والله أعلم

﴿باب كفالة العبد وعنه﴾

(ومن ضمن عن عبد مالا لا يجب عليه حتى يعتق ولم يسم حالا ولا غيره فهو حال) لان المال حال عليه لوجود السبب وقبول الذمة الا انه لا يطالب به لعسرته اذ جميع ما فى يده ملك المولى ولم يرض بتعلقه به فى الحال والكفيل غير معسر فصار كما اذا كفل عن غائب أو مفلس بخلاف الدين المؤجل لانه متأخر بمؤخر ثم اذا أدى رجع على العبد بعد العتق لان الطالب لا يرجع عليه الا بعد العتق فكذا الكفيل لقيامه مقامه (ومن ادعى على عبد مالا وكفل له رجل بنفسه فمات العبد برئ الكفيل) لبراءة الاصيل كما اذا كان المكفول عنه بنفسه حرا قال (فان ادعى رقبة العبد فكفل به رجل فمات العبد فاقام المدعى البينة انه كان له ضمن الكفيل قيمته) لان على المولى ردها على وجه يخلفها قيمتها وقد التزم الكفيل ذلك وبعد الموت تبقى القيمة واجبة على الاصيل فكذا على الكفيل بخلاف الاول قال (واذا كفل العبد عن مولاه بامره فعتق فأداه او كان المولى كفل عنه فاداه بعد العتق لم يرجع واحد منهما على صاحبه) وقال زفر رحمه الله يرجع ومعنى الوجه الاول أن لا يكون على العبد دين حتى تصح كفالته بالمال عن المولى اذا كان بامره اما كفالته عن العبد فتصح على كل حال له انه تحقق الموجب للرجوع وهو الكفالة بامره والمانع هو الرق قد زال ولنا انها وقعت غير موجبة للرجوع لان المولى لا يستوجب على عبده دينا وكذا العبد على مولاه فلا تنقلب موجبة أبدا كمن كفل عن غيره بغير أمره فاجازه (ولا تجوز الكفالة بمال الكتابة حر تكفل به أو عبد) لانه دين ثبت مع المنافى فلا يظهر فى حق صحة الكفالة ولانه لو عجز نفسه سقط ولا يمكن اثباته على هذا الوجه فى ذمة الكفيل واثباته مطلقا ينافى معنى الضم لان

من شرطه الاتحاد وبدل السعاية كمال الكتابة في قول أبي حنيفة رحمه الله عليه لانه كالمكاتب عنده

﴿كتاب الحوالة﴾

قال (وهي جائزة بالديون) قال عليه السلام من أحيل على ملى فليتبع ولانه التزم ما يقدر على تسليمه فتصح كالكفالة وانما اختصت بالديون لانها تنبئ عن النقل والتحويل في الدين لا في العين قال (وتصح الحوالة برضا المحيل والمحتال والمحتال عليه) اما المحتال فلان الدين حقه وهو الذي ينتقل بها والذمم متفاوتة فلا بد من رضاه واما المحتال عليه فلانه يلزمه الدين ولا لزوم بدون التزامه واما المحيل فالحوالة تصح بدون رضاه ذكره في الزيادات لان التزام الدين من المحتال عليه تصرف في حق نفسه وهو لا يتضرر به بل فيه نفعه لانه لا يرجع عليه اذا لم يكن بامره قال (واذا تمت الحوالة برئ المحيل من الدين بالقبول) وقال زفر رحمه الله عليه لا يبرأ اعتبارا بالكفالة اذ كل واحد منهما عقد توثق ولنا ان الحوالة للنقل لغة ومنه حوالة الغراس والدين متى انتقل عن الذمة لا يبقى فيها اما الكفالة فللضم والاحكام الشرعية على وفاق المعاني اللغوية والتوثق باختيار الاملاء والاحسن في القضاء وانما يجبر على القبول اذا نقد المحيل لانه يحتمل عود المطالبة اليه بالتوى فلم يكن متبرعا قال (ولا يرجع المحتال على المحيل الا ان يتوى حقه) وقال الشافعي رحمه الله عليه لا يرجع وان توى لان البراءة قد حصلت مطلقة فلا تعود الا بسبب جديد ولنا انها مقيدة بسلامة حقه له اذ هو المقصود او تفسخ الحوالة لفواته لانه قابل للفسخ فصار كوصف السلامة في المبيع قال (والتوى عند ابي حنيفة رحمه الله احد الامرين وهو اما ان يجحد الحوالة ويحلف ولا بينة له عليه او يموت مفلسا) لان العجز عن الوصول يتحقق بكل واحد منهما وهو التوى في الحقيقة (وقالا هذان الوجهان ووجه ثالث وهو ان يحكم الحاكم بافلاسه حال حياته) وهذا بناء على ان الافلاس لا يتحقق بحكم القاضي عنده خلافا لهما لان مال الله غادو رائح قال (واذا طالب المحتال عليه المحيل بمثل مال الحوالة فقال المحيل أحلت بدين لي عليك لم يقبل قوله الا بحجة وكان عليه مثل الدين) لان سبب الرجوع قد تحقق وهو قضاء دينه بامره الا ان المحيل يدعي عليه دينا وهو منكر والقول للمنكر ولا تكون الحوالة اقرارا منه بالدين عليه لانها قد تكون بدونه قال (واذا طالب المحيل المحتال بما أحاله به فقال انما أحلتك لتقبضه لي وقال المحتال لا بل أحلتني بدين كان لي عليك فالقول قول المحيل) لان المحتال يدعي عليه الدين وهو منكر ولفظة الحوالة مستعملة في الوكالة فيكون القول قوله مع يمينه قال (ومن أودع رجلا ألف درهم وأحال بها عليه آخر فهو جائز لانه أقدر على القضاء فان

هلكت برئ) لتقيدها بها فانه ما التزم الاداء الا منها بخلاف ما اذا كانت مقيدة بالمغصوب لان الفوات الى خلف كلا فوات وقد تكون الحوالة مقيدة بالدين أيضا وحكم المقيدة فى هذه الجملة أن لا يملك المحيل مطالبة المحتال عليه لانه تعلق به حق المحتال على مثال الرهن وان كان اسوة للغرماء بعد موت المحيل وهذا لانه لو بقيت له مطالبة به فيأخذه منه ابطلت الحوالة وهى حق المحتال بخلاف المطلقة لانه لا تعلق لحقه به بل بذمته فلا تبطل الحوالة بأخذ ما عليه أو ما عنده قال (ويكره السفاتج وهى قرض استفاد به المقرض سقوط خطر الطريق) وهذا نوع نفع استفيد به وقد نهى الرسول عليه السلام عن قرض جر نفعا

(كتاب أدب القاضى)

قال (ولا تصح ولاية القاضى حتى يجتمع فى المولى شرائط الشهادة ويكون من أهل الاجتهاد) اما الاول فلان حكم القضاء يستقى من حكم الشهادة لان كل واحد منهما من باب الولاية فكل من كان أهلا للشهادة يكون أهلا للقضاء وما يشترط لاهلية الشهادة يشترط لاهلية القضاء والفاسق أهل للقضاء حتى لو قلد يصح الا انه لا ينبغى ان يقلد كما فى حق الشهادة فانه لا ينبغى ان يقبل القاضى شهادته ولو قبل جاز عندنا ولو كان القاضى عدلا ففسق باخذ الرشوة أو غيره لا ينعزل ويستحق العزل وهذا هو ظاهر المذهب وعليه مشايخنا رحمهم الله وقال الشافعى الفاسق لا يجوز قضاؤه كما لا تقبل شهادته عنده وعن علمائنا الثلاثة رحمهم الله فى النوادر انه لا يجوز قضاؤه وقال بعض المشايخ رحمهم الله اذا قلد الفاسق ابتداء يصح ولو قلد وهو عدل ينعزل بالفسق لان المقلد اعتمد عدالته فلم يكن راضيا بتقليده دونها وهل يصلح الفاسق مفتيا قيل لا لانه من امور الدين وخبره غير مقبول فى الديانات وقيل يصلح لانه يجتهد كل الجهد فى اصابة الحق حذرا عن النسبة الى الخطا واما الثانى فالصحيح ان أهلية الاجتهاد شرط الاولوية فاما تقليد الجاهل فصحيح عندنا خلافا للشافعى وهو يقول ان الامر بالقضاء يستدعى القدرة عليه ولا قدرة دون العلم ولنا انه يمكنه ان يقضى بفتوى غيره ومقصود القضاء يحصل به وهو ايصال الحق الى مستحقه وينبغى للمقلد ان يختار من هو الاقدر والاولى لقوله عليه السلام من قلد انسانا عملا وفى رعيته من هو أولى منه فقد خان الله ورسوله وجماعة المسلمين وفى حد الاجتهاد كلام عرف فى أصول الفقه وحاصله ان يكون صاحب حديث له معرفة بالفقه ليعرف معانى الآثار أو صاحب فقه له معرفة بالحديث لئلا يشتغل بالقياس فى المنصوص عليه وقيل ان يكون مع ذلك صاحب قريحة يعرف بها عادات الناس لان من الاحكام ما يبتنى عليها قال (ولا بأس بالدخول فى القضاء لمن يثق بنفسه انه يؤدى فرضه) لان الصحابة رضى الله عنهم تقلدوه وكفى بهم قدوة

ولانه فرض كفاية لكونه أمرا بالمعروف قال (ويكره الدخول فيه لمن يخاف العجز عنه ولا يأمن على نفسه الحيف فيه) كيلا يصير شرطا لمباشرته القبيح وكره بعضهم الدخول فيه مختارا لقوله عليه السلام من جعل على القضاء فكأنما ذبح بغير سكين والصحيح ان الدخول فيه رخصة طمعا في اقامة العدل والترك عزيمة فلعله يخطئ ظنه ولا يوفق له أو لا يعينه عليه غيره ولا بد من الاعانة الا اذا كان هو أهلا للقضاء دون غيره فحينئذ يفترض عليه التقلد صيانة لحقوق العباد واخلاء للعالم عن الفساد قال (وينبغي ان لا يطلب الولاية ولا يسألها) لقوله عليه السلام من طلب القضاء وكل الى نفسه ومن أجبر عليه نزل عليه ملك يسدده ولان من طلبه يعتمد على نفسه فيحرم ومن أجبر عليه يتوكل على ربه فيلهم (ثم يجوز التقلد من السلطان الجائر كما يجوز من العادل) لان الصحابة رضي الله عنهم تقلدوا من معاوية رضي الله عنه والحق كان بيد علي رضي الله عنه في نوبته والتابعين تقلدوا من الحجاج وكان جائرا الا اذا كان لا يمكنه من القضاء بحق لان المقصود لا يحصل بالتقلد بخلاف ما اذا كان يمكنه قال (ومن قلد القضاء يسلم اليه ديوان القاضي الذي كان قبله) وهو الخرائط التي فيها السجلات وغيرها لانها وضعت فيها لتكون حجة عند الحاجة فتجعل في يد من له ولاية القضاء ثم ان كان البياض من بيت المال فظاهر وكذا اذا كان من مال الخصوم في الصحيح لانهم وضعوها في يده لعمله وقد انتقل الى المولى وكذا اذا كان من مال القاضي هو الصحيح لانه تخذه تدينا لا تمولا ويبعث أمينين ليقبضاها بحضرة المعزول أو أمينه ويسألانه شيأ فشيأ ويجعلان كل نوع منها في خريطة كيلا يشتبه على المولى وهذا السؤال لكشف الحال لا للالزام قال (وينظر في حال المحبوسين) لانه نصب ناظرا (فمن اعترف بحق ألزمه اياه) لان الاقرار ملزم (ومن أنكر لم يقبل قول المعزول عليه الا ببينة) لانه بالعزل التحق بالرعايا وشهادة الفرد ليست بحجة لا سيما اذا كانت على فعل نفسه (فان لم تقم بينة لم يعجل بتخليته حتى ينادي عليه وينظر في أمره) لان فعل القاضي المعزول حق ظاهرا فلا يعجل كيلا يؤدي الى ابطال حق الغير (وينظر في الودائع وارتفاع الوقوف فيعمل فيه على ما تقوم به البينة أو يعترف به من هو في يده) لان كل ذلك حجة (ولا يقبل قول المعزول) لما بيناه (الا ان يعترف الذي هي في يده ان المعزول سلمها اليه فيقبل قوله فيها) لانه ثبت باقراره ان اليد كانت للقاضي فيصح اقرار القاضي كأنه في يده في الحال الا اذا بدأ بالاقرار لغيره ثم أقر بتسليم القاضي فيسلم ما في يده الى المقر له الاول لسبق حقه ويضمن قيمته للقاضي باقراره الثاني ويسلم الى المقر له من جهة القاضي قال (ويجلس للحكم جلوسا ظاهرا في المسجد) كيلا يشتبه مكانه على الغرباء وبعض المقيمين والمسجد الجامع أولى لانه

أشهر وقال الشافعي رحمه الله يكره الجلوس في المسجد للقضاء لانه يحضره المشرك وهو نجس بالنص والحائض وهي ممنوعة عن دخوله ولنا قوله عليه الصلاة والسلام انما بنيت المساجد لذكر الله تعالى والحكم وكان رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم يفصل الخصومة في معتكفه وكذا الخلفاء الراشدون كانوا يجلسون في المساجد لفصل الخصومات ولان القضاء عبادة فيجوز اقامتها في المسجد كالصلاة ونجاسة المشرك في اعتقاده لا في ظاهره فلا يمنع من دخوله والحائض تخبر بحالها فيخرج القاضي اليها أو الى باب المسجد أو يبعث من يفصل بينها وبين خصمها كما اذا كانت الخصومة في الدابة ولو جلس في داره لا بأس به ويأذن للناس بالدخول فيها ويجلس معه من كان يجلس قبل ذلك لان في جلوسه وحده تهمة قال (ولا يقبل هدية الا من ذي رحم محرم أو ممن جرت عادته قبل القضاء بمهاداته) لان الاول صلة الرحم والثاني ليس للقضاء بل جرى على العادة وفيما وراء ذلك يصير آكلا بقضائه حتى لو كانت للقريب خصومة لا يقبل هديته وكذا اذا زاد المهدى على المعتاد أو كانت له خصومة لانه لاجل القضاء فيتحاماه ولا يحضر دعوة الا ان تكون عامة لان الخاصة لاجل القضاء فيتهم بالاجابة بخلاف العامة ويدخل في هذا الجواب قريبه وهو قولهما وعن محمد انه يجيبه وان كانت خاصة كالهدية والخاصة مالو علم المضيف ان القاضي لا يحضرها لا يتخذها قال (ويشهد الجنازة ويعود المريض) لان ذلك من حقوق المسلمين قال عليه السلام للمسلم على المسلم ستة حقوق وعد منها هذين (ولا يضيف أحد الخصمين دون خصمه) لان النبي عليه السلام نهى عن ذلك ولان فيه تهمة قال (واذا حضرا سوى بينهما في الجلوس والاقبال) لقوله عليه السلام اذا ابتلى أحدكم بالقضاء فليسو بينهم في المجلس والاشارة والنظر (ولا يسار أحدهما ولا يشير اليه ولا يلقنه حجة) للتهمة ولان فيه مكسرة لقلب الآخر فيترك حقه (ولا يضحك في وجه أحدهما) لانه يجترئ على خصمه (ولا يمازحهم ولا واحدا منهم) لانه يذهب بمهابة القضاء قال (ويكره تلقين الشاهد) ومعناه ان يقول له أتشهد بكذا وكذا وهذا لانه اعانة لاحد الخصمين فيكره كتلقين الخصم واستحسنه أبو يوسف في غير موضع التهمة لان الشاهد قد يحصر لمهابة المجلس فكان تلقينه احياء للحق بمنزلة الاشخاص والتكفيل

(فصل في الحبس) قال (واذا ثبت الحق عند القاضي وطلب صاحب الحق حبس غريمه لم يعجل بحبسه وأمره بدفع ما عليه) لان الحبس جزاء المماطلة فلا بد من ظهورها وهذا اذا ثبت الحق باقراره لانه لم يعرف كونه مماطلا في أول الوهلة فلعله طمع في الامهال فلم يستصحب المال فاذا امتنع بعد ذلك حبسه لظهور مطله اما اذا ثبت بالبينة حبسه كما ثبت لظهور

المطل بانكاره قال (فان امتنع حبسه فى كل دين لزمه بدلا عن مال حصل فى يده كثمن المبيع أو التزمه بعقد كالمهر والكفالة) لانه اذا حصل المال فى يده ثبت غناه به واقدامه على التزامه باختياره دليل يساره اذ هو لا يلتزم الا ما يقدر على أدائه والمراد بالمهر معجله دون مؤجله قال (ولا يحبسه فيما سوى ذلك اذا قال انى فقير الا ان يثبت غريمه ان له مالا فيحبسه) لانه لم توجد دلالة اليسار فيكون القول قول من عليه الدين وعلى المدعى اثبات غناه ويروى ان القول لمن عليه الدين فى جميع ذلك لان الاصل هو العسرة ويروى ان القول له الا فيما بدله مال وفى النفقة القول قول الزوج انه معسر وفى اعتاق العبد المشترك القول للمعتق والمسئلتان تؤيدان القولين الآخرين والتخريج على ما قال فى الكتاب انه ليس بدين مطلق بل هو صلة حتى تسقط النفقة بالموت على الاتفاق وكذا عند أبى حنيفة ضمان الاعتاق ثم فيما كان القول قول المدعى ان له مالا أو ثبت ذلك بالبينة فيما كان القول قول من عليه يحبسه شهرين أو ثلاثة ثم يسأل عنه فالحبس لظهور ظلمه فى الحال وانما يحبسه مدة ليظهر ماله لو كان يخفيه فلا بد من ان تمتد المدة ليفيد هذه الفائدة فقدره بما ذكره ويروى غير ذلك من التقدير بشهر أو أربعة الى ستة أشهر والصحيح ان التقدير مفوض الى رأى القاضى لاختلاف أحوال الاشخاص فيه (فان لم يظهر له مال خلى سبيله) يعنى بعد مضى المدة لانه استحق النظرة الى الميسرة فيكون حبسه بعد ذلك ظلما ولو قامت البينة على افلاسه قبل المدة تقبل فى رواية ولا تقبل وعلى الثانية عامة المشايخ قال فى الكتاب خلى سبيله ولا يحول بينه وبين غرمائه وهذا كلام فى الملازمة وسنذكره فى كتاب الحجر ان شاء الله تعالى وفى الجامع الصغير رجل أقر عند القاضى بدين فانه يحبسه ثم يسأل عنه فان كان موسرا أبد حبسه وان كان معسرا خلى سبيله ومراده اذا أقر عند غير القاضى أو عنده مرة وظهرت مماطلته والحبس أولا ومدته قد بيناه فلا نعيده قال (ويحبس الرجل فى نفقة زوجته) لانه ظالم بالامتناع (ولا يحبس الوالد فى دين ولده) لانه نوع عقوبة فلا يستحقه الولد على الوالد كالحدود والقصاص (الا اذا امتنع من الانفاق عليه) لان فيه احياء لولده ولانه لا يتدارك لسقوطها بمضى الزمان والله أعلم

﴿ باب كتاب القاضى الى القاضى ﴾

قال (ويقبل كتاب القاضى الى القاضى فى الحقوق اذا شهد به عنده) للحاجة على ما نبين (فان شهدوا على خصم حاضر حكم بالشهادة) لوجود الحجة (وكتب بحكمه) وهو المدعو سجلا (وان شهدوا به بغير حضرة الخصم لم يحكم) لان القضاء على الغائب لا يجوز (وكتب بالشهادة ليحكم المكتوب اليه بها) وهذا هو الكتاب الحكمى وهو نقل الشهادة فى الحقيقة ويختص بشرائط نذكرها

ان شاء الله وجوازه لمساس الحاجة لان المدعى قد يتعذر عليه الجمع بين شهوده وخصمه فاشبه الشهادة على الشهادة وقوله فى الحقوق يندرج تحته الدين والنكاح والنسب والمغصوب والامانة المجحودة والمضاربة المجحودة لان كل ذلك بمنزلة الدين وهو يعرف بالوصف لا يحتاج فيه الى الاشارة ويقبل فى العقار أيضا لان التعريف فيه بالتحديد ولا يقبل فى الاعيان المنقولة للحاجة الى الاشارة وعن أبى يوسف رحمه الله انه يقبل فى العبد دون الامة لغلبة الاباق فيه دونها وعنه انه يقبل فيهما بشرائط تعرف فى موضعها وعن محمد انه يقبل فى جميع ما ينقل ويحول وعليه المتأخرون رحمهم الله قال (ولا يقبل الكتاب الا بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين) لان الكتاب يشبه الكتاب فلا يثبت الا بحجة تامة وهذا لانه ملزم فلا بد من الحجة بخلاف كتاب الاستئمان من أهل الحرب لانه ليس بملزم وبخلاف رسول القاضى الى المزكى ورسوله الى القاضى لان الالزام بالشهادة لا بالتزكية قال (ويجب أن يقرأ الكتاب عليهم ليعرفوا ما فيه أو يعلمهم به) لانه لا شهادة بدون العلم (ثم يختمه بحضرتهم ويسلمه اليهم) كيلا يتوهم التغيير وهذا عند أبى حنيفة ومحمد لان علم ما فى الكتاب والختم بحضرتهم شرط وكذا حفظ ما فى الكتاب عندهما ولهذا يدفع اليهم كتابا آخر غير مختوم ليكون معهم معاونة على حفظهم وقال أبو يوسف آخرا شئ من ذلك ليس بشرط والشرط أن يشهدهم ان هذا كتابه وختمه وعن أبى يوسف ان الختم ليس بشرط أيضا فسهل فى ذلك لما ابتلى بالقضاء وليس الخبر كالمعاينة واختار شمس الائمة السرخسى قول أبى يوسف قال (فاذا وصل الى القاضى لم يقبله الا بحضرة الخصم) لانه بمنزلة أداء الشهادة فلا بد من حضوره بخلاف سماع القاضى الكاتب لانه للنقل لا للحكم قال (فاذا سلمه الشهود اليه نظر الى ختمه فاذا شهدوا أنه كتاب فلان القاضى سلمه الينا فى مجلس حكمه وقضائه وقرأه علينا وختمه فتحه القاضى وقرأه على الخصم وألزمه ما فيه) وهذا عند أبى حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف رحمه الله اذا شهدوا انه كتابه وخاتمه قبله على ما مر ولم يشترط فى الكتاب ظهور العدالة للفتح والصحيح انه يفض الكتاب بعد ثبوت العدالة كذا ذكره الخصاف لانه ربما يحتاج الى زيادة الشهود وانما يمكنهم أداء الشهادة بعد قيام الختم وانما يقبله المكتوب اليه اذا كان الكاتب على القضاء حتى لو مات أو عزل أو لم يبق أهلا للقضاء قبل وصول الكتاب لا يقبله لانه التحق بواحد من الرعايا ولهذا لا يقبل اخباره قاضيا آخر فى غير عمله أو فى غير عملهما وكذلك لو مات المكتوب اليه الا اذا كتب الى فلان بن فلان قاضى بلدة كذا والى كل من يصل اليه من قضاة المسلمين لان غيره صار تبعا له وهو معرف بخلاف ما اذا كتب ابتداء الى كل من يصل اليه على ما عليه مشايخنا رحمهم الله لانه غير معرف ولو كان مات الخصم ينفذ الكتاب على وارثه لقيامه

مقامه (ولا يقبل كتاب القاضى الى القاضى فى الحدود والقصاص) لان فيه شبهة البدلية فصار
كالشهادة على الشهادة ولان مبناهما على الاسقاط وفى قبوله سعى فى اثباتهما (فصل آخر) (ويجوز
قضاء المرأة فى كل شئ الا فى الحدود والقصاص) اعتبارا بشهادتها فيهما وقدمر الوجه (وليس
للقاضى أن يستخلف على القضاء الا أن يفوض اليه ذلك) لانه قلد القضاء دون التقليد به فصار
كتوكيل الوكيل بخلاف المأمور باقامة الجمعة حيث يستخلف لانه على شرف الفوات لتوقته
فكان الامر به اذنا فى الاستخلاف دلالة ولا كذلك القضاء ولو قضى الثانى بمحضر من الاول أو
قضى الثانى فاجاز الاول جاز كما فى الوكالة وهذا لانه حضره رأى الاول وهو الشرط واذا فوض
اليه يملكه فيصير الثانى نائبا عن الاصيل حتى لا يملك الاول عزله الا اذا فوض اليه العزل هو
الصحيح قال (واذا رفع الى القاضى حكم حاكم امضاه الى أن يخالف الكتاب أو السنة أو الاجماع
بان يكون قولا لا دليل عليه وفى الجامع الصغير وما اختلف فيه الفقهاء فقضى به القاضى ثم جاء
قاض آخر يرى غير ذلك امضاه) والاصل ان القضاء متى لاقى فصلا مجتهدا فيه ينفذه ولا يرده
غيره لان اجتهاد الثانى كاجتهاد الاول وقد يرجح الاول باتصال القضاء به فلا ينقض بما هو
دونه (ولو قضى فى المجتهد فيه مخالفا لرأيه ناسيا لمذهبه نفذ عند أبى حنيفة وان كان عامدا ففيه
روايتان) ووجه النفاذ انه ليس بخطا بيقين وعندهما لا ينفذ فى الوجهين لانه قضى بما هو خطأ
عنده وعليه الفتوى ثم المجتهد فيه أن لا يكون مخالفا لما ذكرنا والمراد بالسنة المشهورة منها وفيما
اجتمع عليه الجمهور ولا يعتبر مخالفة البعض وذلك خلاف وليس باختلاف والمعتبر الاختلاف
فى الصدر الاول قال (وكل شئ قضى به القاضى فى الظاهر بتحريم فهو فى الباطن كذلك عند
أبى حنيفة) وكذا اذا قضى باحلال وهذا اذا كانت الدعوى بسبب معين وهى مسئلة قضاء
القاضى فى العقود والفسوخ بشهادة الزور وقد مرت فى النكاح قال (ولا يقضى القاضى على غائب
الا أن يحضر من يقوم مقامه) وقال الشافعى يجوز لوجود الحجة وهى البينة فظهر الحق ولنا ان
العمل بالشهادة لقطع المنازعة ولا منازعة بدون الانكار ولم يوجد ولانه يحتمل الاقرار والانكار
من الخصم فيشتبه وجه القضاء لان أحكامهما مختلفة ولو أنكر ثم غاب فكذلك الجواب لان
الشرط قيام الانكار وقت القضاء وفيه خلاف أبى يوسف ومن يقوم مقامه قد يكون نائبا بانابته
كالوكيل أو بانابة الشرع كالوصى من جهة القاضى وقد يكون حكما بان كان ما يدعى على الغائب
سببا لما يدعيه على الحاضر وهذا فى غير صورة فى الكتب اما اذا كان شرطا لحقه فلا معتبر به فى
جعله خصما عن الغائب وقد عرف تمامه فى الجامع قال (ويقرض القاضى أموال اليتامى
ويكتب ذكر الحق) لان فى الاقراض مصلحتهم لبقاء الاموال محفوظة مضمونة والقاضى يقدر

على الاستخراج والكتابة ليحفظه (وان اقرض الوصى ضمن) لانه لا يقدر على الاستخراج والاب بمنزلة الوصى فى أصح الروايتين لعجزه عن الاستخراج

باب التحكيم

(واذا حكم رجلان رجلا فحكم بينهما ورضيا بحكمه جاز) لان لهما ولاية على أنفسهما فصح تحكيمهما وينفذ حكمه عليهما وهذا اذا كان المحكم بصفة الحاكم لانه بمنزلة القاضى فيما بينهما فيشترط أهلية القضاء ولا يجوز تحكيم الكافر والعبد والذمى والمحدود فى القذف والفاسق والصبى لانعدام أهلية القضاء اعتبارا باهلية الشهادة والفاسق اذا حكم يجب أن يجوز عندنا كما مر فى المولى (ولكل واحد من المحكمين أن يرجع مالم يحكم عليهما) لانه مقلد من جهتهما فلا يحكم الا برضاهما جميعا (واذا حكم لزمهما) لصدور حكمه عن ولاية عليهما (واذا رفع حكمه الى القاضى فوافق مذهبه امضاه) لانه لا فائدة فى نقضه ثم فى ابرامه على ذلك الوجه (وان خالفه ابطله) لان حكمه لا يلزمه لعدم التحكيم منه (ولا يجوز التحكيم فى الحدود والقصاص) لانه لا ولاية لهما على دمهما ولهذا لا يملكان الاباحة فلا يستباح برضاهما قالوا وتخصيص الحدود والقصاص يدل على جواز التحكيم فى سائر المجتهدات كالطلاق والنكاح وغيرهما وهو صحيح الا أنه لا يفتى به ويقال يحتاج الى حكم المولى دفعا لتجاسر العوام فيه وان حكما فى دم خطأ فقضى بالدية على العاقلة لم ينفذ حكمه لانه لا ولاية له عليهم اذ لا تحكيم من جهتهم ولو حكم على القاتل بالدية فى ماله رده القاضى ويقضى بالدية على العاقلة لانه مخالف لرأيه ومخالف للنص أيضا الا اذا ثبت القتل باقراره لان العاقلة لا تعقله (ويجوز أن يسمع البينة ويقضى بالنكول وكذا بالاقرار) لانه حكم موافق للشرع ولو أخبر باقرار أحد الخصمين أو بعدالة الشهود وهما على تحكيمهما يقبل قوله لان الولاية قائمة ولو أخبر بالحكم لا يقبل قوله لانقضاء الولاية كقول المولى بعد العزل (وحكم الحاكم لابويه وزوجته وولده باطل والمولى والمحكم فيه سواء) وهذا لانه لا تقبل شهادته لهؤلاء لمكان التهمة فكذلك لا يصح القضاء لهم بخلاف ما اذا حكم عليهم لانه تقبل شهادته عليهم لانتفاء التهمة فكذا القضاء ولو حكما رجلين لا بد من اجتماعهما لانه أمر يحتاج فيه الى الرأى والله أعلم بالصواب (مسائل شتى من كتاب القضاء) قال (واذا كان علو لرجل وسفل لآخر فليس لصاحب السفل أن يتد فيه وتدا ولا ينقب فيه كوة عند أبى حنيفة) معناه بغير رضا صاحب العلو (وقالا يصنع ما لا يضر بالعلو) وعلى هذا الخلاف اذا أراد صاحب العلو أن يبنى على علوه قيل ما حكى عنهما تفسير لقول أبى حنيفة فلا خلاف وقيل الاصل عندهما الاباحة لانه تصرف فى ملكه والملك يقتضى الاطلاق والحرمة

بعارض الضرر فاذا أشكل لم يجز المنع والاصل عنده الحظر لانه تصرف فى محل تعلق به حق محترم للغير كحق المرتهن والمستأجر والاطلاق بعارض فاذا أشكل لا يزول المنع على انه لا يعرى عن نوع ضرر بالعلو من توهين بناء أو نقضه فيمنع عنه قال (واذا كانت زائغة مستطيلة تنشعب منها زائغة مستطيلة وهى غير نافذة فليس لاهل الزائغة الاولى أن يفتحوا بابا فى الزائغة القصوى) لان فتحه للمرور ولا حق لهم فى المرور اذ هو لاهلها خصوصا حتى لا يكون لاهل الاولى فيما بيع فيها حق الشفعة بخلاف النافذة لان المرور فيها حق العامة قيل المنع من المرور لا من فتح الباب لانه رفع بعض جداره والاصح ان المنع من الفتح لان بعد الفتح لا يمكنه المنع من المرور فى كل ساعة ولانه عساه يدعى الحق فى القصوى بتركيب الباب (وان كانت مستديرة قد لزق طرفاها فلهم أن يفتحوا بابا) لان كل واحد منهم حق المرور فى كلها اذ هى ساحة مشتركة ولهذا يشتركون فى الشفعة اذا بيعت دار منها قال (ومن ادعى فى دار دعوى وأنكرها الذى هى فى يده ثم صالحه منها فهو جائز وهى مسئلة الصلح على الانكار) وسنذكرها فى الصلح ان شاء الله تعالى والمدعى وان كان مجهولا فالصلح على معلوم عن مجهول جائز عندنا لانه جهالة فى الساقط فلا تفضى الى المنازعة على ما عرف قال (ومن ادعى دارا فى يد رجل أنه وهبها له فى وقت فسئل البينة فقال جحدنى الهبة فاشتريتها منه وأقام المدعى البينة على الشراء قبل الوقت الذى يدعى فيه الهبة لا تقبل بينته) لظهور التناقض اذ هو يدعى الشراء بعد الهبة وهم يشهدون به قبلها ولو شهدوا به بعدها تقبل لوضوح التوفيق ولو كان ادعى الهبة ثم اقام البينة على الشراء قبلها ولم يقل جحدنى الهبة فاشتريتها لم تقبل أيضا ذكره فى بعض النسخ لان دعوى الهبة اقرار منه بالملك للواهب عندها ودعوى الشراء رجوع عنه فعد مناقضا بخلاف ما اذا ادعى الشراء بعد الهبة لانه تقرر ملكه عندها (ومن قال لآخر اشتريت منى هذه الجارية فانكر الآخر ان أجمع البائع على ترك الخصومة وسعه أن يطأها) لان المشترى لما جحده كان فسخا من جهته اذ الفسخ يثبت به كما اذا تجاحدا فاذا عزم البائع على ترك الخصومة تم الفسخ وبمجرد العزم وان كان لا يثبت الفسخ فقد اقترن بالفعل وهو امساك الجارية ونقلها وما يضاهيه ولانه لما تعذر استيفاء الثمن من المشترى فات رضا البائع فيستبد بفسخه قال (ومن أقر أنه قبض من فلان عشرة دراهم ثم ادعى أنه زيوف صدق) وفى بعض النسخ اقتضى وهو عبارة عن القبض أيضا ووجهه ان الزيوف من جنس الدراهم الا أنها معيبة ولهذا لو تجوز به فى الصرف والسلم جاز والقبض لا يختص بالجياد فيصدق لانه أنكر قبض حقه بخلاف ما اذا أقر أنه قبض الجياد أو حقه أو الثمن أو استوفى لاقراره بقبض الجياد صريحا أو دلالة فلا يصدق والنبهرجة كالزيوف وفى الستوقة لا يصدق

لانه ليس من جنس الدراهم حتى لو تجوز به فيما ذكرنا الا يجوز والزيف ما زيفه بيت المال والنبهرجة ما رده التجار والستوقة ما يغلب عليه الغش قال (ومن قال لآخر لك على ألف درهم فقال ليس لى عليك شئ ثم قال فى مكانه بل لى عليك ألف درهم فليس عليه شئ) لان اقراره هو الاول وقد ارتد برد المقر له والثانى دعوى فلا بد من الحجة أو تصديق خصمه بخلاف ما اذا قال لغيره اشتريت وأنكر الآخر له أن يصدقه لان أحد المتعاقدين لا ينفرد بالفسخ كما لا ينفرد بالعقد والمعنى أنه حقهما فبقى العقد فعمل التصديق أما المقر له يتفرد برد الاقرار فافترقا قال (ومن ادعى على آخر مالا فقال ما كان لك على شئ قط فاقام المدعى البينة على ألف وأقام هو البينة على القضاء قبلت بينته) وكذلك على الابراء وقال زفر رحمه الله لا تقبل لان القضاء يتلو الوجوب وقد أنكره فيكون مناقضا ولنا ان التوفيق ممكن لان غير الحق قد يقضى ويبرأ منه دفعا للخصومة والشغب ألا ترى انه يقال قضى بباطل وقد يصالح على شئ فيثبت ثم يقضى وكذا اذا قال ليس لك على شئ قط لان التوفيق أظهر (ولو قال ما كان لك على شئ قط ولا أعرفك لم تقبل بينته على القضاء) وكذا على الابراء لتعذر التوفيق لانه لا يكون بين اثنين أخذ وإعطاء وقضاء واقتضاء ومعاملة ومصالحة بدون المعرفة وذكر القدورى رحمه الله أنه تقبل أيضا لان المحتجب أو المخدرة قد يؤذى بالشغب على بابه فيأمر بعض وكلائه بارضائه ولا يعرفه ثم يعرفه بعد ذلك فامكن التوفيق قال (ومن ادعى على آخر أنه باعه جاريته فقال لم أبعها منك قط فاقام المشترى البينة على الشراء فوجد بها أصبعا زائدة فاقام البائع البينة أنه برئ اليه من كل عيب لم تقبل بينة البائع) وعن أبى يوسف رحمه الله أنها تقبل اعتبارا بما ذكرنا ووجه الظاهر ان شرط البراءة تغيير للعقد من اقتضاء وصف السلامة الى غيره فيستدعى وجود البيع وقد أنكره فكان مناقضا بخلاف الدين لانه قد يقضى وان كان باطلا على ما مر قال (ذكر حق كتب فى أسفله ومن قام بهذا الذكر الحق فهو ولى ما فيه ان شاء الله تعالى أو كتب فى الشراء فعلى فلان خلاص ذلك وتسليمه ان شاء الله تعالى بطل الذكر كله وهذا عند أبى حنيفة وقالا ان شاء الله تعالى هو على الخلاص وعلى من قام بذكر الحق وقولهما استحسان ذكره فى الاقرار) لان الاستثناء ينصرف الى ما يليه لان الذكر للاستيثاق وكذا الاصل فى الكلام الاستبداد وله ان الكل كشئ واحد بحكم العطف فيصرف الى الكل كما فى الكلمات المعطوفة مثل قوله عبده حر وامرأته طالق وعليه المشى الى بيت الله تعالى ان شاء الله ولو ترك فرجة قالوا لا يلتحق به ويصير كفاصل السكوت

﴿فصل فى القضاء بالمواريث﴾

قال (واذا مات نصرانى فجاءت امرأته مسلمة وقالت أسلمت بعد موته وقالت الورثة أسلمت

قبل موته فالقول قول الورثة) وقال زفر رحمه الله القول قولها لان الاسلام حادث فيضاف الى أقرب الاوقات ولنا ان سبب الحرمان ثابت فى الحال فيثبت فيما مضى تحكيما للحال كما فى جريان ماء الطاحونة وهذا ظاهر نعتبره للدفع وماذكره يعتبره للاستحقاق (ولومات المسلم وله امرأة نصرانية فجاءت مسلمة بعد موته وقالت أسلمت قبل موته وقالت الورثة أسلمت بعد موته فالقول قولهم أيضا) ولا يحكم الحال لان الظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق وهى محتاجة اليه أما الورثة فهم الدافعون ويشهد لهم ظاهر الحدوث أيضا قال (ومن مات وله فى يد رجل أربعة آلاف درهم وديعة فقال المستودع هذا ابن الميت لاوارث له غيره فانه يدفع المال اليه) لانه اقر ان مافى يده حق الوارث خلافه فصار كما اذا أقر أنه حق المورث وهو حى اصالة بخلاف ما اذا أقر لرجل أنه وكيل المودع بالقبض أوانه اشتراه منه حيث لا يؤمر بالدفع اليه لانه أقر بقيام حق المودع اذهو حى فيكون اقرارا على مال الغير ولا كذلك بعد موته بخلاف المديون اذا أقر بتوكيل غيره بالقبض لان الديون تقضى بامثالها فيكون اقرارا على نفسه فيؤمر بالدفع اليه (ولوقال المودع لآخر هذا ابنه أيضا وقال الاول ليس له ابن غيرى قضى بالمال للاول) لانه لما صح اقراره للاول انقطع يده عن المال فيكون هذا اقرارا على الاول فلا يصح اقراره للثانى كما لو كان الاول ابنا معروفا ولانه حين أقر للاول لا مكذب له فصح وحين أقر للثانى له مكذب فلم يصح قال (واذا قسم الميراث بين الغرماء والورثة فانه لا يؤخذ منهم كفيل ولا من وارث وهذا شئ احتاط به بعض القضاة وهو ظلم) وهذا عند أبى حنيفة وقالا يؤخذ الكفيل والمسئلة فيما اذا ثبت الدين والارث بالشهادة ولم يقل الشهود لا نعلم له وارثا غيره لهما ان القاضى ناظر للغيب والظاهر ان فى التركة وارثا غائبا أوغريما غائبا لان الموت قد يقع بغتة فيحتاط بالكفالة كما اذا دفع الآبق واللقطة الى صاحبه أوأعطى امرأة الغائب النفقة من ماله ولابى حنيفة ان حق الحاضر ثابت قطعا وظاهرا فلا يؤخر لحق موهوم الى زمان التكفيل كمن اثبت الشراء ممن فى يده او اثبت الدين على العبد حتى بيع فى دينه لا يكفل ولان المكفول له مجهول فصار كما اذا كفل لاحد الغرماء بخلاف النفقة لان حق الزوج ثابت وهو معلوم واما الآبق واللقطة ففيه روايتان والاصح انه على الخلاف وقيل ان دفع بعلامة اللقطة أواقرار العبد يكفل بالاجماع لان الحق غير ثابت ولهذا كان له ان يمنع وقوله وهو ظلم أى ميل عن سواء السبيل وهذا يكشف عن مذهبه رحمه الله ان المجتهد يخطئ ويصيب لا كما ظنه البعض قال (واذا كانت الدار فى يد رجل وأقام الآخر البينة ان أباه مات وتركها ميراثا بينه وبين أخيه فلان الغائب قضى له بالنصف وترك النصف الآخر فى يد الذى هو فى يديه ولا يستوثق منه بكفيل وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله وقالا ان كان الذى هى

فى يديه جاحدا أخذ منه وجعل فى يد أمين وان لم يجحد ترك فى يده) لهما ان الجاحد خائن فلا يترك المال فى يده بخلاف المقر لانه أمين وله ان القضاء وقع للميت مقصودا واحتمال كونه مختارا للميت ثابت فلا ينقض يده كما اذا كان مقرا وجحوده قد ارتفع بقضاء القاضى والظاهر عدم الجحود فى المستقبل لصيرورة الحادثة معلومة له وللقاضى ولو كانت الدعوى فى منقول فقد قيل يؤخذ منه بالاتفاق لانه يحتاج فيه الى الحفظ والنزع أبلغ فيه بخلاف العقار لانها محصنة بنفسها ولهذا يملك الوصى بيع المنقول على الكبير الغائب دون العقار وكذا حكم وصى الام والاخ والعم على الصغير وقيل المنقول على الخلاف أيضا وقول أبى حنيفة فيه أظهر لحاجته الى الحفظ وانما لا يؤخذ الكفيل لانه انشاء خصومة والقاضى انما نصب لقطعها لا لانشائها واذا حضر الغائب لا يحتاج الى اعادة البينة ويسلم اليه النصف بذلك القضاء لان أحد الورثة ينتصب خصما عن الباقين فيما يستحق له وعليه دينا كان أو عينا لان المقضى له وعليه انما هو الميت فى الحقيقة وواحد من الورثة يصلح خليفة عنه فى ذلك بخلاف الاستيفاء لنفسه لانه عامل فيه لنفسه فلا يصلح نائبا عن غيره ولهذا لا يستوفى الا نصيبه وصار كما اذا قامت البينة بدين الميت الا أنه انما يثبت استحقاق الكل على أحد الورثة اذا كان الكل فى يده ذكره فى الجامع لانه لا يكون خصما بدون اليد فيقتصر القضاء على ما فى يده (ومن قال مالى فى المساكين صدقة فهو على ما فيه الزكاة وان أوصى بثلث ماله فهو على ثلث كل شئ) والقياس أن يلزمه التصدق بالكل وبه قال زفر لعموم اسم المال كما فى الوصية وجه الاستحسان أن ايجاب العبد معتبر بايجاب الله تعالى فينصرف ايجابه الى ما أوجب الشارع فيه الصدقة من المال اما الوصية فاخت الميراث لانها خلافة كهى فلا تختص بمال دون مال ولان الظاهر التزام الصدقة من فاضل ماله وهو مال الزكاة اما الوصية فتقع فى حال الاستغناء فينصرف الى الكل وتدخل فيه الارض العشرية عند أبى يوسف لانها سبب الصدقة اذ جهة الصدقة فى العشرية راجحة عنده وعند محمد رحمه الله لا تدخل لانها سبب المؤنة اذ جهة المؤنة راجحة عنده ولا تدخل أرض الخراج بالاجماع لانه يتمحض مؤنة ولو قال ما أملكه صدقة فى المساكين فقد قيل يتناول كل مال لانه أعم من لفظ المال والمقيد ايجاب الشرع وهو مختص بلفظ المال فلا مخصص فى لفظ الملك فبقى على العموم والصحيح انهما سواء لان الملتزم باللفظين الفاضل عن الحاجة على ما مر ثم اذا لم يكن له مال سوى ما دخل تحت الايجاب يمسك من ذلك قوته ثم اذا أصاب شيأ تصدق بما أمسك لان حاجته هذه مقدمة ولم يقدر محمد بشئ لاختلاف أحوال الناس فيه وقيل المحترف يمسك قوته ليوم

وصاحب الغلة بشهر وصاحب الضياع بسنة على حسب التفاوت فى مدة وصولهم الى المال وعلى هذا صاحب التجارة يمسك بقدر ما يرجع اليه ماله قال (ومن أوصى اليه ولم يعلم بالوصية حتى باع شيأ من التركة فهو وصى والبيع جائز ولا يجوز بيع الوكيل حتى يعلم) وعن أبى يوسف انه لا يجوز فى الفصل الاول أيضا لان الوصاية انابة بعد الموت فتعتبر بالانابة قبله وهى الوكالة ووجه الفرق على الظاهر ان الوصاية خلافة لاضافتها الى زمان بطلان الانابة فلا يتوقف على العلم كما فى تصرف الوارث اما الوكالة فانابة لقيام ولاية المنوب عنه فيتوقف على العلم وهذا لانه لو توقف على العلم لا يفوت النظر لقدرة الموكل وفى الاول يفوت لعجز الموصى (ومن أعلمه من الناس بالوكالة يجوز تصرفه) لانه اثبات حق لا الزام امر قال (ولا يكون النهى عن الوكالة حتى يشهد عنده شاهدان او رجل عدل) وهذا عند أبى حنيفة وقالا هو والاول سواء لانه من المعاملات وبالواحد فيها كفاية وله انه خبر ملزم فيكون شهادة من وجه فيشترط أحد شطريها وهو العدد والعدالة بخلاف الاول وبخلاف رسول الموكل لان عبارته كعبارة المرسل للحاجة الى الارسال وعلى هذا الخلاف اذا أخبر المولى بجناية عبده والشفيع والبكر والمسلم الذى لم يهاجر الينا قال (واذا باع القاضى أو أمينه عبدا للغرماء وأخذ المال فضاع واستحق العبد لم يضمن) لان أمين القاضى قائم مقام القاضى والقاضى قائم مقام الامام وكل واحد منهم لا يلحقه ضمان كيلا يتقاعد الناس عن قبول هذه الامانة فتضيع الحقوق ويرجع المشترى على الغرماء لان البيع واقع لهم فيرجع عليهم عند تعذر الرجوع على العاقد كما اذا كان العاقد محجورا عليه ولهذا يباع بطلبهم (وان أمر القاضى الوصى ببيعه للغرماء ثم استحق أو مات قبل القبض وضاع المال رجع المشترى على الوصى) لانه عاقد نيابة عن الميت وان كان باقامة القاضى عنه فصار كما اذا باعه بنفسه قال (ورجع الوصى على الغرماء) لانه عامل لهم وان ظهر للميت مال يرجع الغريم فيه بدينه قالوا ويجوز ان يقال يرجع بالمائة التى غرمها أيضا لانه لحقه فى أمر الميت والوارث اذا بيع له بمنزلة الغريم لانه اذا لم يكن فى التركة دين كان العاقد عاملا له (فصل آخر) (واذا قال القاضى قد قضيت على هذا بالرجم فارجمه أو بالقطع فاقطعه أو بالضرب فاضربه وسعك أن تفعل) وعن محمد انه رجع عن هذا وقال لا تأخذ بقوله حتى تعاين الحجة لان قوله يحتمل الغلط والخطأ والتدارك غير ممكن وعلى هذه الرواية لا يقبل كتابه واستحسن المشايخ هذه الرواية لفساد حال أكثر القضاة فى زماننا الا فى كتاب القاضى للحاجة اليه وجه ظاهر الرواية انه أخبر عن أمر يملك انشاءه فيقبل لخلوه عن التهمة ولان طاعة أولى الامر واجبة وفى تصديقه طاعة وقال الامام أبو منصور ان كان عدلا عالما يقبل قوله لانعدام تهمة الخطأ والخيانة وان كان

عدلا جاهلا يستفسر فان أحسن التفسير وجب تصديقه والا فلا وان كان جاهلا فاسقا أو عالما فاسقا لا يقبل الا أن يعاين سبب الحكم لتهمة الخطا والخيانة قال (واذا عزل القاضى فقال لرجل أخذت منك ألفا ودفعتها الى فلان قضيت بها عليك فقال الرجل أخذتها ظلما فالقول قول القاضى وكذلك لو قال قضيت بقطع يدك فى حق هذا اذا كان الذى قطعت يده والذى أخذ منه المال مقرين انه فعل ذلك وهو قاض) ووجهه أنهما لما توافقا انه فعل ذلك فى قضائه كان الظاهر شاهدا له اذ القاضى لا يقضى بالجور ظاهرا (ولا يمين عليه) لانه ثبت فعله فى قضائه بالتصادق ولا يمين على القاضى (ولو أقر القاطع والآخذ بما أقر به القاضى لا يضمن أيضا) لانه فعله فى حال القضاء ودفع القاضى صحيح كما اذا كان معاينا (ولو زعم المقطوع يده أو المأخوذ ماله انه فعل ذلك قبل التقليد أو بعد العزل فالقول للقاضى أيضا) وهو الصحيح لانه أسند فعله الى حالة معهودة منافية للضمان فصار كما اذا قال طلقت أو اعتقت وأنا مجنون والجنون منه كان معهودا (ولو أقر القاطع أو الآخذ فى هذا الفصل بما أقر به القاضى يضمنان) لانهما أقرا بسبب الضمان وقول القاضى مقبول فى دفع الضمان عن نفسه لا فى ابطال سبب الضمان على غيره بخلاف الاول لانه ثبت فعله فى قضائه بالتصادق (ولو كان المال فى يد الآخذ قائما وقد أقر بما أقر به القاضى والمأخوذ منه المال صدق القاضى فى أنه فعله فى قضائه أو ادعى انه فعله فى غير قضائه يؤخذ منه) لانه اقر ان اليد كانت له فلا يصدق فى دعوى تملكه الا بحجة وقول المعزول فيه ليس بحجة

﴿كتاب الشهادات﴾

قال (الشهادة فرض تلزم الشهود ولا يسعهم كتمانها اذا طالبهم المدعى) لقوله تعالى ولا يأبى الشهداء اذا ما دعوا وقوله تعالى ولا تكتموا الشهادة ومن يكتمها فانه آثم قلبه وانما يشترط طلب المدعى لانها حقه فيتوقف على طلبه كسائر الحقوق (والشهادة فى الحدود يخير فيها الشاهد بين الستر والاظهار) لانه بين حسبتين اقامة الحد والتوقى عن الهتك (والستر أفضل) لقوله عليه السلام للذى شهد عنده لو سترته بثوبك لكان خيرا لك وقال عليه السلام من ستر على مسلم ستر الله عليه فى الدنيا والآخرة وفيما نقل من تلقين الدرء عن النبى عليه السلام وأصحابه رضى الله عنهم دلالة ظاهرة على أفضلية الستر (الا أنه يجب أن يشهد بالمال فى السرقة فيقول أخذ) احياء لحق المسروق منه (ولا يقول سرق) محافظة على الستر ولانه لو ظهرت السرقة لوجب القطع والضمان لا يجامع القطع فلا يحصل احياء حقه قال (والشهادة على مراتب منها الشهادة فى الزنا يعتبر فيها أربعة من الرجال) لقوله تعالى واللاتى يأتين الفاحشة من نسائكم فاستشهدوا عليهن أربعة منكم ولقوله تعالى ثم لم يأتوا بأربعة شهداء (ولا تقبل فيها شهادة النساء) لحديث الزهرى مضت السنة

من لدن رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم والخليفتين من بعده ان لا شهادة للنساء فى الحدود والقصاص ولان فيها شبهة البدلية لقيامها مقام شهادة الرجال فلا تقبل فيما يندرئ بالشبهات (ومنها الشهادة ببقية الحدود والقصاص تقبل فيها شهادة رجلين) لقوله تعالى واستشهدوا شهيدين من رجالكم (ولا تقبل فيها شهادة النساء) لما ذكرنا قال (وما سوى ذلك من الحقوق يقبل فيها شهادة رجلين اورجل وامرأتين سواء كان الحق مالا أو غير مال) مثل النكاح والطلاق والعتاق والعدالة والحوالة والوقف والصلح (والوكالة والوصية) والهبة والاقرار والابراء والولد والولاد والنسب ونحو ذلك وقال الشافعى لا تقبل شهادة النساء مع الرجال الا فى الاموال وتوابعها لان الاصل فيها عدم القبول لنقصان العقل واختلال الضبط وقصور الولاية فانها لا تصلح للامارة ولهذا لا تقبل فى الحدود ولا تقبل شهادة الاربع منهن وحدهن الا أنها قبلت فى الاموال ضرورة والنكاح أعظم خطرا وأقل وقوعا فلا يلحق بما هو أدنى خطرا وأكثر وجودا ولنا ان الاصل فيها القبول لوجود ما يبتنى عليه أهلية الشهادة وهو المشاهدة والضبط والاداء اذ بالاول يحصل العلم للشاهد وبالثانى يبقى وبالثالث يحصل العلم للقاضى ولهذا يقبل اخبارها فى الاخبار ونقصان الضبط بزيادة النسيان انجبر بضم الاخرى اليها فلم يبق بعد ذلك الا الشبهة فلهذا لا تقبل فيما يندرئ بالشبهات وهذه الحقوق تثبت مع الشبهات وعدم قبول الاربع على خلاف القياس كيلا يكثر خروجهن قال (وتقبل فى الولادة والبكارة والعيوب بالنساء فى موضع لا يطلع عليه الرجال شهادة امرأة واحدة) لقوله عليه السلام شهادة النساء جائزة فيما لا يستطيع الرجال النظر اليه والجمع المحلى بالالف واللام يراد به الجنس فيتناول الاقل وهو حجة على الشافعى فى اشتراط الاربع لانه انما سقطت الذكورة ليخف النظر لان نظر الجنس الى الجنس أخف فكذا يسقط اعتبار العدد الا ان المثنى والثلاث أحوط لما فيه من معنى الالزام (ثم حكمها فى الولادة شرحناه فى الطلاق) واما حكم البكارة فان شهدن انها بكر يؤجل فى العنين سنة ويفرق بعدها لانها تأيدت بمؤيد اذ البكارة أصل وكذا فى رد المبيعة اذا اشتراها بشرط البكارة فان قلن انها ثيب يحلف البائع لينضم نكوله الى قولهن والعيب يثبت بقولهن فيحلف البائع واما شهادتهن على استهلال الصبى لا تقبل عند أبى حنيفة رحمه الله فى حق الارث لانه مما يطلع عليه الرجال الا فى حق الصلاة لانها من أمور الدين وعندهما تقبل فى حق الارث أيضا لانه صوت عند الولادة ولا يحضرها الرجال عادة فصار كشهادتهن على نفس الولادة قال (ولا بد فى ذلك كله من العدالة ولفظة الشهادة فان لم يذكر الشاهد لفظة الشهادة وقال أعلم أو اتيقن لم تقبل شهادته) اما العدالة فلقوله تعالى ممن ترضون من الشهداء والمرضى من الشاهد هو

العدل ولقوله تعالى واشهدوا ذوى عدل منكم ولان العدالة هى المعينة للصدق لان من يتعاطى غير الكذب قد يتعاطاه وعن ابى يوسف ان الفاسق اذا كان وجيها فى الناس ذا مروءة تقبل شهادته لانه لا يستأجر لوجاهته ويمتنع عن الكذب لمروءته والاول أصح الا ان القاضى لو قضى بشهادة الفاسق يصح عندنا وقال الشافعى لا يصح والمسئلة معروفة وما لفظة الشهادة فلان النصوص نطقت باشتراطها اذ الامر فيها بهذه اللفظة ولان فيها زيادة توكيد فان قوله اشهد من ألفاظ اليمين كقوله اشهد بالله فكان الامتناع عن الكذب بهذه اللفظة أشد وقوله فى ذلك كله اشارة الى جميع ما تقدم حتى يشترط العدالة ولفظة الشهادة فى شهادة النساء فى الولادة وغيرها هو الصحيح لانها شهادة لما فيه من معنى الالزام حتى اختص بمجلس القضاء ولهذا يشترط فيه الحرية والاسلام (قال أبو حنيفة يقتصر الحاكم على ظاهر العدالة فى المسلم ولا يسأل عن حال الشهود حتى يطعن الخصم) لقوله عليه السلام المسلمون عدول بعضهم على بعض الا محدودا فى قذف ومثل ذلك مروى عن عمر ولان الظاهر هو الانزجار عما هو محرم دينه وبالظاهر كفاية اذ لا وصول الى القطع (الا فى الحدود والقصاص فانه يسأل عن الشهود) لانه يحتال لاسقاطها فيشترط الاستقصاء فيها ولان الشبهة فيها دارئة وان طعن الخصم فيهم يسأل عنهم فى السر والعلانية لانه تقابل الظاهران فيسأل طلبا للترجيح (وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله لا بد ان يسأل عنهم فى السر والعلانية فى سائر الحقوق) لان القضاء مبناه على الحجة وهى شهادة العدول فيتعرف عن العدالة وفيه صون قضائه عن البطلان وقيل هذا اختلاف عصر وزمان والفتوى على قولهما فى هذا الزمان (ثم التزكية فى السر ان يبعث المستورة الى المعدل فيها النسب والحلى والمصلى ويردها المعدل) وكل ذلك فى السر كيلا يظهر فيخدع أو يقصد (وفى العلانية لا بد ان يجمع بين المعدل والشاهد) لتنتفى شبهة تعديل غيره وقد كانت العلانية وحدها فى الصدر الاول ووقع الاكتفاء فى السر فى زماننا تحرزا عن الفتنة ويروى عن محمد تزكية العلانية بلاء وفتنة ثم قيل لا بد ان يقول المعدل هو حر عدل جائز الشهادة لان العبد قد يعدل وقيل يكتفى بقوله هو عدل لان الحرية ثابتة بالدار وهذا أصح قال (وفى قول من رأى ان يسأل عن الشهود لم يقبل قول الخصم انه عدل) معناه قول المدعى عليه وعن أبى يوسف ومحمد رحمهما الله انه يجوز تزكيته لكن عند محمد يضم تزكية الآخر الى تزكيته لان العدد عنده شرط ووجه الظاهر ان فى زعم المدعى وشهوده ان الخصم كاذب فى انكاره مبطل فى اصراره فلا يصلح معدلا وموضوع المسئلة اذا قال هم عدول الا انهم اخطؤا أو نسوا اما اذا قال صدقوا أو هم عدول صدقة فقد اعترف

بالحق قال (واذا كان رسول القاضي الذي يسأل عن الشهود واحدا جاز والاثنان أفضل) وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله لا يجوز الا اثنان والمراد منه المزكي وعلى هذا الخلاف رسول القاضي الى المزكي والمترجم عن الشاهد له أن التزكية في معنى الشهادة لان ولاية القضاء تبتنى على ظهور العدالة وهو بالتزكية فيشترط فيه العدد كما تشترط العدالة فيه وتشترط الذكورة في المزكي في الحدود والقصاص ولهما أنه ليس في معنى الشهادة ولهذا لا يشترط فيه لفظة الشهادة ومجلس القضاء واشتراط العدد أمر حكمي في الشهادة فلا يتعداها (ولا يشترط أهلية الشهادة في المزكي في تزكية السر) حتى صلح العبد مزكيا فاما في تزكية العلانية فهو شرط وكذا العدد بالاجماع على ماقاله الخصاف رحمه الله لاختصاصها بمجلس القضاء قالوا يشترط الاربعة في تزكية شهود الزنا عند محمد رحمه الله * (فصل وما يتحمله الشاهد على ضربين أحدهما ما يثبت حكمه بنفسه مثل البيع والاقرار والغصب والقتل وحكم الحاكم فاذا سمع ذلك الشاهد أو رآه وسعه أن يشهد به وان لم يشهد عليه) لانه علم ماهو الموجب بنفسه وهو الركن في اطلاق الاداء قال الله تعالى الا من شهد بالحق وهم يعلمون وقال النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم اذا علمت مثل الشمس فاشهد والا فدع قال (ويقول اشهد انه باع ولا يقول اشهدني) لانه كذب (ولو سمع من وراء الحجاب لا يجوز له ان يشهد ولو فسر للقاضي لا يقبله) لان النغمة تشبه النغمة فلم يحصل العلم (الا اذا كان دخل البيت وعلم أنه ليس فيه أحد سواه ثم جلس على الباب وليس في البيت مسلك غيره فسمع اقرار الداخل ولا يراه له ان يشهد) لانه حصل العلم في هذه الصورة (ومنه مالا يثبت حكمه فيه بنفسه مثل الشهادة على الشهادة فاذا سمع شاهدا يشهد بشئ لم يجز له أن يشهد على شهادته الا ان يشهده عليها) لان الشهادة غير موجبة بنفسها وانما تصير موجبة بالنقل الى مجلس القضاء فلا بد من الانابة والتحميل ولم يوجد (وكذا لو سمعه يشهد الشاهد على شهادته لم يسع للسامع ان يشهد) لانه ماحمله وانما حمل غيره قال (ولا يحل للشاهد اذا رأى خطه ان يشهد الا أن يتذكر الشهادة) لان الخط يشبه الخط فلم يحصل العلم قيل هذا على قول أبي حنيفة رحمه الله وعندهما يحل له أن يشهد وقيل هذا بالاتفاق وانما الخلاف فيما اذا وجد القاضي شهادته في ديوانه أو قضيته لان مايكون في قمطره فهو تحت ختمه يؤمن عليه من الزيادة والنقصان فحصل له العلم بذلك ولا كذلك الشهادة في الصك لانه في يد غيره وعلى هذا اذا تذكر المجلس الذي كان فيه الشهادة أو أخبره قوم ممن يثق بهم انا شهدنا نحن وأنت قال (ولا يجوز للشاهد ان يشهد بشئ لم يعاينه الا النسب والموت والنكاح

والدخول

والدخول و ولاية القاضي فانه يسعه أن يشهد بهذه الاشياء اذا أخبره بها من يثق به) وهذا استحسان والقياس أن لا تجوز لان الشهادة مشتقة من المشاهدة وذلك بالعلم ولم يحصل فصار كالبيع وجه الاستحسان ان هذه الامور تختص بمعاينة أسبابها خواص من الناس و يتعلق بها أحكام تبقى على انقضاء القرون فلو لم تقبل فيها الشهادة بالتسامع أدى الى الحرج وتعطيل الاحكام بخلاف البيع لانه يسمعه كل احد وانما يجوز للشاهد ان يشهد بالاشتهار وذلك بالتواتر أو باخبار من يثق به كما قال فى الكتاب ويشترط ان يخبره رجلان عدلان اورجل وامرأتان ليحصل له نوع علم وقيل فى الموت يكتفى باخبار واحد أو واحدة لانه قلما يشاهد حاله غير الواحد اذ الانسان يهابه و يكرهه فيكون فى اشتراط العدد بعض الحرج ولا كذلك النسب والنكاح و ينبغى أن يطلق اداء الشهادة ولا يفسر اما اذا فسر للقاضى أنه يشهد بالتسامع لم تقبل شهادته كما أن معاينة اليد فى الاملاك تطلق الشهادة ثم اذا فسر لا تقبل كذا هذا وكذا لو رأى انسانا جلس مجلس القضاء يدخل عليه الخصوم حل له أن يشهد على كونه قاضيا وكذا اذا رأى رجلا وامرأة يسكنان بيتا و ينبسط كل واحد منهما الى الآخر انبساط الازواج كما اذا رأى عينا فى يد غيره ومن شهد أنه شهد دفن فلان أو صلى على جنازته فهو معاينة حتى لو فسر للقاضى قبله ثم قصر الاستثناء فى الكتاب على هذه الاشياء الخمسة ينفى اعتبار التسامع فى الولاء والوقف وعن أبى يوسف رحمه الله آخرا أنه يجوز فى الولاء لانه بمنزلة النسب لقوله عليه السلام الولاء لحمة كلحمة النسب وعن محمد رحمه الله أنه يجوز فى الوقف لانه يبقى على مر الاعصار الا انا نقول الولاء يبتنى على زوال الملك ولا بد فيه من المعاينة فكذا فيما يبتنى عليه وأما الوقف فالصحيح انه تقبل الشهادة بالتسامع فى أصله دون شرائطه لان أصله هو الذى يشتهر قال (ومن كان فى يده شئ سوى العبد والامة وسعك ان تشهد انه له) لان العبد أقصى ما يستدل به على الملك اذ هى مرجع الدلالة فى الاسباب كلها فيكتفى بها وعن أبى يوسف رحمه الله انه يشترط مع ذلك ان يقع فى قلبه انه له قالوا ويحتمل ان يكون هذا تفسير الاطلاق محمد رحمه الله فى الرواية فيكون شرطا على الاتفاق وقال الشافعى رحمه الله دليل الملك اليد مع التصرف وبه قال بعض مشايخنا رحمهم الله لان اليد متنوعة الى انابة وملك قلنا والتصرف يتنوع أيضا الى نيابة واصالة ثم المسئلة على وجوه ان عاين المالك والملك حل له ان يشهد وكذا اذا عاين الملك بحدوده دون المالك استحسانا لان النسب يثبت بالتسامع فيحصل معرفته وان لم يعاينها أو عاين المالك دون الملك لا يحل له واما العبد والامة فان كان يعرف انهما رقيقان فكذلك لان الرقيق لا يكون فى يد نفسه وان كان لا يعرف انهما رقيقان الا انهما صغيران لا يعبران

عن أنفسهما فكذلك لانه لا يدلهما وان كانا كبيرين فذلك مصرف الاستثناء لان لهما يدا على أنفسهما فيدفع يد الغير عنهما فانعدم دليل الملك وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه يحل له أن يشهد فيهما أيضا اعتبارا بالثياب والفرق ما بيناه والله أعلم

﴿باب من تقبل شهادته ومن لا تقبل﴾

قال (ولا تقبل شهادة الاعمى) وقال زفر رحمه الله وهو رواية عن أبي حنيفة تقبل فيما يجرى فيه التسامع لان الحاجة فيه الى السماع ولا خلل فيه وقال أبو يوسف والشافعي رحمهما الله يجوز اذا كان بصيرا وقت التحمل لحصول العلم بالمعاينة والاداء يختص بالقول ولسانه غير موف والتعريف يحصل بالنسبة كما في الشهادة على الميت ولنا أن الاداء يفتقر الى التمييز بالاشارة بين المشهود له والمشهود عليه ولا يميز الاعمى الا بالنغمة وفيه شبهة يمكن التحرز عنها بجنس الشهود والنسبة لتعريف الغائب دون الحاضر فصار كالحدود والقصاص ولو عمى بعد الاداء يمتنع القضاء عند أبي حنيفة ومحمد فان قيام الاهلية للشهادة شرط وقت القضاء لصيرورتها حجة عنده وقد بطلت وصار كما اذا خرس أو جن أو فسق بخلاف ما اذا ماتوا او غابوا لان الاهلية بالموت قد انتهت وبالغيبة ما بطلت قال (ولا المملوك) لان الشهادة من باب الولاية وهو لا يلي نفسه فأولى أن لا تثبت له الولاية على غيره (ولا المحدود في القذف وان تاب) لقوله تعالى ولا تقبلوا لهم شهادة أبدا ولانه من تمام الحد لكونه مانعا فيبقى بعد التوبة كأصله بخلاف المحدود في غير القذف لان الرد للفسق وقد ارتفع بالتوبة وقال الشافعي رحمه الله تقبل اذا تاب لقوله تعالى الا الذين تابوا استثنى التائب قلنا الاستثناء ينصرف الى ما يليه وهو قوله تعالى وأولئك هم الفاسقون أو هو استثناء منقطع بمعنى لكن (ولو حد الكافر في قذف ثم أسلم تقبل شهادته) لان للكافر شهادة فكان ردها من تمام الحد وبالاسلام حدثت له شهادة أخرى بخلاف العبد اذا حد ثم أعتق لانه لا شهادة للعبد أصلا فتمام حده برد شهادته بعد العتق قال (ولا شهادة الوالد لولده وولد ولده ولا شهادة الولد لابويه وأجداده) والاصل فيه قوله عليه السلام لا تقبل شهادة الولد لوالده ولا الوالد لولده ولا المرأة لزوجها ولا الزوج لامرأته ولا العبد لسيده ولا المولى لعبده ولا الاجير لمن استأجره ولان المنافع بين الاولاد والآباء متصلة ولهذا لا يجوز أداء الزكاة اليهم فتكون شهادة لنفسه من وجه أو تتمكن فيه التهمة قال والمراد بالاجير على ما قالوا التلميذ الخاص الذي يعد ضرر استاذه ضرر نفسه ونفعه نفع نفسه وهو معنى قوله عليه السلام لا شهادة للقانع باهل البيت وقيل المراد به الاجير مسانهة أو مشاهرة أو مياومة فيستوجب الاجر بمنافعه عند أداء الشهادة فيصير كالمستأجر عليها (ولا تقبل شهادة أحد الزوجين للآخر) وقال

الشافعي رحمه الله تقبل لان الاملاك بينهما متميزة والايدي متحيزة ولهذا يجرى القصاص والحبس بالدين بينهما ولا معتبر بما فيه من النفع لثبوته ضمنا كما في الغريم اذا شهد لمديونه المفلس ولنا ما رويناه ولان الانتفاع متصل عادة وهو المقصود فيصير شاهد النفسه من وجه أو يصير متهما بخلاف شهادة الغريم لانه لا ولاية له على المشهود به (ولا شهادة المولى لعبده) لانه شهادة لنفسه من كل وجه اذا لم يكن على العبد دين أو من وجه ان كان عليه دين لان الحال موقوف مراعى (ولا لمكاتبه) لما قلنا (ولا شهادة الشريك لشريكه فيما هو من شركتهما) لانه شهادة لنفسه من وجه لاشتراكهما ولو شهد بما ليس من شركتهما تقبل لانتفاء التهمة (وتقبل شهادة الرجل لاخيه وعمه) لانعدام التهمة لان الاملاك ومنافعها متباينة ولا بسوطة لبعضهم في مال البعض قال (ولا تقبل شهادة مخنث) ومراده المخنث في الردىء من الافعال لانه فاسق فاما الذي في كلامه لين وفي أعضائه تكسر فهو مقبول الشهادة (ولا نائحة ولا مغنية) لانهما يرتكبان محرما فانه عليه السلام نهى عن الصوتين الاحمقين النائحة والمغنية قال (ولا مدمن الشرب على اللهو) لانه ارتكب محرم دينه (ولا من يلعب بالطيور) لانه يورث غفلة ولانه قد يقف على عورات النساء بصعوده سطحه ليطير طيره وفي بعض النسخ ولا من يلعب بالطنبور وهو المغني قال (ولا من يغني للناس) لانه يجمع الناس على ارتكاب كبيرة قال (ولا من يأتي بابا من الكبائر التي يتعلق بها الحد) للفسق قال (ولا من يدخل الحمام من غير ازار) لان كشف العورة حرام (أو يأكل الربا أو يقامر بالنرد والشطرنج) لان كل ذلك من الكبائر وكذلك من تفوته الصلاة للاشتغال بهما فاما مجرد اللعب بالشطرنج فليس بفسق مانع من الشهادة لان للاجتهاد فيه مساغا وشرط في الاصل ان يكون آكل الربا مشهورا به لان الانسان قلما ينجو عن مباشرة العقود الفاسدة وكل ذلك ربا قال (ولا من يفعل الافعال المستحقرة كالبول على الطريق والاكل على الطريق) لانه تارك للمروءة واذا كان لا يستحي عن مثل ذلك لا يمتنع عن الكذب فيتهم (ولا تقبل شهادة من يظهر سب السلف) لظهور فسقه بخلاف من يكتمه (وتقبل شهادة أهل الاهواء الا الخطابية) وقال الشافعي لا تقبل لانه اغلظ وجوه الفسق ولنا أنه فسق من حيث الاعتقاد وما أوقعه فيه الا تدينه به وصار كمن يشرب المثلث أو يأكل متروك التسمية عامدا مستبيحا لذلك بخلاف الفسق من حيث التعاطي أما الخطابية فهم قوم من غلاة الروافض يعتقدون الشهادة لكل من حلف عندهم وقيل يرون الشهادة لشيعتهم واجبة فتمكنت التهمة في شهادتهم لظهور فسقهم قال (وتقبل شهادة أهل الذمة بعضهم على بعض وان اختلفت مللهم)

وقال مالك والشافعي رحمهما الله لا تقبل لانه فاسق قال الله تعالى والكافرون هم الفاسقون فيجب التوقف في خبره ولهذا لا تقبل شهادته على المسلم فصار كالمرتد ولنا ماروى ان النبي عليه السلام اجاز شهادة النصارى بعضهم على بعض ولانه من أهل الولاية على نفسه وعلى أولاده الصغار فيكون من أهل الشهادة على جنسه والفسق من حيث الاعتقاد غير مانع لانه يجتنب ما يعتقده محرم دينه والكذب محظور الاديان كلها بخلاف المرتد لانه لا ولاية له وبخلاف شهادة الذمي على المسلم لانه لا ولاية له بالاضافة اليه ولانه يتقول عليه لانه يغيظه قهره اياه وملل الكفر وان اختلفت فلا قهر فلا يحملهم الغيظ على التقول قال (ولا تقبل شهادة الحربي على الذمي) أراد به والله أعلم المستأمن لانه لا ولاية له عليه لان الذمي من أهل دارنا وهو أعلى حالا منه وتقبل شهادة الذمي عليه كشهادة المسلم عليه وعلى الذمي (وتقبل شهادة المستأمنين بعضهم على بعض اذا كانوا من أهل دار واحدة فان كانوا من دارين كالروم والترك لا تقبل) لان اختلاف الدارين يقطع الولاية ولهذا يمنع التوارث بخلاف الذمي لانه من أهل دارنا ولا كذلك المستأمن (وان كانت الحسنات اغلب من السيئات والرجل ممن يجتنب الكبائر قبلت شهادته وان ألم بمعصية) هذا هو الصحيح في حد العدالة المعتبرة اذ لا بد من توقي الكبائر كلها وبعد ذلك يعتبر الغالب كما ذكرنا فاما الالمام بمعصية لا تنقدح به العدالة المشروطة فلا ترد به الشهادة المشروعة لان في اعتبار اجتنابه الكل سد بابه وهو مفتوح احياء للحقوق قال (وتقبل شهادة الاقلف) لانه لا يخل بالعدالة الا اذا تركه استخفافا بالدين لانه لم يبق بهذا الصنيع عدلا قال (والخصي) فان عمر رضي الله عنه قبل شهادة علقمة الخصي ولانه قطع عضو منه ظلما فصار كما اذا قطعت يده قال (وولد الزنا) لان فسق الابوين لا يوجب فسق الولد ككفرهما وهو مسلم وقال مالك لا تقبل في الزنا لانه يحب أن يكون غيره كمثله فيتهم قلنا العدل لا يختار ذلك ولا يستحبه والكلام في العدل قال (وشهادة الخنثى جائزة) لانه رجل أو امرأة وشهادة الجنسين مقبولة بالنص قال (وشهادة العمال جائزة) والمراد عمال السلطان عند عامة المشايخ لان نفس العمل ليس بفسق الا اذا كانوا اعوانا على الظلم وقيل العامل اذا كان وجيها في الناس ذا مروءة لا يجازف في كلامه تقبل شهادته كما مر عن أبي يوسف رحمه الله في الفاسق لانه لوجاهته لا يقدم على الكذب حفظا للمروءة ولمهابته لا يستأجر على الشهادة الكاذبة قال (واذا شهد الرجلان ان اباهما أوصى الى فلان والوصي يدعي ذلك فهو جائز استحسانا وان أنكر الوصي لم يجز) وفي القياس لا يجوز وان ادعى وعلى هذا اذا شهد الموصى لهما بذلك أو غريمان لهما على الميت دين أو للميت عليهما دين أو شهد الوصيان أنه أوصى الى هذا الرجل معهما وجه القياس أنها شهادة للشاهد لعود المنفعة اليه وجه

الاستحسان أن للقاضي ولاية نصب الوصي اذا كان طالبا والموت معروف فيكفي القاضي بهذه الشهادة مؤنة التعيين لا أن يثبت بها شيء فصار كالقرعة والوصيان اذا أقرا أن معهما ثالثا يملك القاضي نصب ثالث معهما العجز هما عن التصرف باعترافهما بخلاف ما اذا أنكرا ولم يعرف الموت لانه ليس له ولاية نصب الوصي فتكون الشهادة هي الموجبة وفي الغريمين للميت عليهما دين تقبل الشهادة وان لم يكن الموت معروفا لانهما يقران على أنفسهما فيثبت الموت باعترافهما في حقهما (وان شهدا أن أباهما الغائب وكله بقبض ديونه بالكوفة فادعى الوكيل أو أنكره لم تقبل شهادتهما) لان القاضي لا يملك نصب الوكيل عن الغائب فلو ثبت انما يثبت بشهادتهما وهي غير موجبة لمكان التهمة قال (ولا يسمع القاضي الشهادة على جرح مجرد ولا يحكم بذلك) لان الفسق مما لا يدخل تحت الحكم لان له الدفع بالتوبة فلا يتحقق الالزام ولان فيه هتك السر والستر واجب والاشاعة حرام وانما يرخص ضرورة احياء الحقوق وذلك فيما يدخل تحت الحكم (الا اذا شهدوا على اقرار المدعي بذلك تقبل) لان الاقرار مما يدخل تحت الحكم قال (ولو أقام المدعى عليه البينة ان المدعي استأجر الشهود لم تقبل) لانه شهادة على جرح مجرد والاستئجار وان كان امرا زائدا عليه فلا خصم في اثباته لان المدعى عليه في ذلك اجنبي عنه حتى لو أقام المدعى عليه البينة أن المدعي استأجر الشهود بعشرة دراهم ليؤدوا الشهادة وأعطاهم العشرة من مالي الذي كان في يده تقبل لانه خصم في ذلك ثم يثبت الجرح بناء عليه وكذا اذا أقامها على أني صالحت هؤلاء الشهود على كذا من المال ودفعته اليهم على أن لا يشهدوا على بهذا الباطل وقد شهدوا وطالبهم برد ذلك المال ولهذا قلنا انه لو أقام البينة أن الشاهد عبد او محدود في قذف أو شارب خمر او قاذف أو شريك المدعي تقبل قال (ومن شهد ولم يبرح حتى قال أوهمت بعض شهادتي فان كان عدلا جازت شهادته) ومعنى قوله أوهمت أي اخطأت بنسيان ما كان يحق على ذكره أو بزيادة كانت باطلة ووجهه ان الشاهد قد يبتلى بمثله لمهابة مجلس القضاء فكان العذر واضحا فتقبل اذا تداركه في أوانه وهو عدل بخلاف ما اذا قام عن المجلس ثم عاد وقال أوهمت لانه يوهم الزيادة من المدعي بتلبيس وخيانة فوجب الاحتياط ولان المجلس اذا اتحد لحق الملحق باصل الشهادة فصار ككلام واحد ولا كذلك اذا اختلف وعلى هذا اذا وقع الغلط في بعض الحدود أو في بعض النسب وهذا اذا كان موضع شبهة فاما اذا لم يكن فلا بأس باعادة الكلام اصلا مثل أن يدع لفظة الشهادة وما يجري مجرى ذلك وان قام عن المجلس بعد أن يكون عدلا وعن أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله أنه يقبل قوله في غير المجلس اذا كان عدلا والظاهر ماذكرناه

﴿باب الاختلاف في الشهادة﴾

قال (الشهادة اذا وافقت الدعوى قبلت وان خالفتها لم تقبل) لان تقدم الدعوى فى حقوق العباد شرط قبول الشهادة وقد وجدت فيما يوافقها وانعدمت فيما يخالفها قال (و يعتبر اتفاق الشاهدين فى اللفظ والمعنى) عند أبى حنيفة رحمه الله (فان شهد أحدهما بالف والآخر بالفين لم تقبل الشهادة عنده وعندهما تقبل على الالف اذا كان المدعى يدعى الالفين) وعلى هذا المائة والمائتان والطلقة والطلقتان والطلقة والثلاث لهما أنهما اتفقا على الالف أو الطلقة وتفرد أحدهما بالزيادة فيثبت ما اجتمعا عليه دون ما تفرد به أحدهما فصار كالالف والالف والخمسمائة ولابى حنيفة رحمه الله أنهما اختلفا لفظا وذلك يدل على اختلاف المعنى لانه يستفاد باللفظ وهذا لان الالف لا يعبر به عن الالفين بل هما جملتان متباينتان فحصل على كل واحد منهما شاهد واحد فصار كما اذا اختلف جنس المال قال (وان شهد أحدهما بالف والآخر بالف وخمسمائة والمدعى يدعى ألفا وخمسمائة قبلت الشهادة على الالف) لاتفاق الشاهدين عليها لفظا ومعنى لان الالف والخمسمائة جملتان عطفت احداهما على الاخرى والعطف يقرر الاول ونظيره الطلقة والطلقة والنصف والمائة والمائة والخمسون بخلاف العشرة والخمسة عشر لانه ليس بينهما حرف العطف فهو نظير الالف والالفين (وان قال المدعى لم يكن لى عليه الا الالف فشهادة الذى شهد بالالف والخمسمائة باطلة) لانه كذبه المدعى فى المشهود به وكذا اذا سكت الا عن دعوى الالف لان التكذيب ظاهر فلا بد من التوفيق ولو قال كان أصل حقى ألفا وخمسمائة ولكنى استوفيت خمسمائة أو ابرأته عنها قبلت لتوفيقه قال (واذا شهدا بالف وقال أحدهما قضاه منها خمسمائة قبلت شهادتهما بالالف) لاتفاقهما عليه (ولم يسمع قوله انه قضاه خمسمائة) لانه شهادة فرد (الا أن يشهد معه آخر) وعن ابى يوسف انه يقضى بخمسمائة لان شاهد القضاء مضمون شهادته ان لا دين الا خمسمائة وجوابه ما قلنا قال (وينبغى للشاهد) اذا علم بذلك (أن لا يشهد بالف حتى يقر المدعى انه قبض خمسمائة) كيلا يصير معينا على الظلم (وقال فى الجامع الصغير رجلان شهدا على رجل بقرض ألف درهم فشهد أحدهما انه قد قضاها فالشهادة جائزة على القرض) لاتفاقهما عليه وتفرد أحدهما بالقضاء على ما بينا وذكر الطحاوى عن أصحابنا انه لا تقبل وهو قول زفر رحمه الله لان المدعى أكذب شاهد القضاء قلنا هذا اكذاب فى غير المشهود به الاول وهو القرض ومثله لا يمنع القبول قال (واذا شهد شاهدان أنه قتل زيدا يوم النحر بمكة وشهد آخران انه قتله يوم النحر بالكوفة واجتمعوا عند الحاكم لم يقبل الشهادتين) لان احداهما كاذبة بيقين وليست احداهما باولى من الاخرى (فان سبقت احداهما وقضى بها ثم حضرت الاخرى لم تقبل) لان الاولى قد ترجحت باتصال القضاء بها فلا تنتقض بالثانية قال (واذا شهدا على رجل انه سرق بقرة واختلفا فى لونها قطع وان قال أحدهما بقرة والآخر ثورا)

لم

لم يقطع) وهذا عند ابى حنيفه رحمه الله (وقالا لا يقطع فى الوجهين) جميعا وقيل الاختلاف فى لونين يتشابهان كالسواد والحمرة لا فى السواد والبياض وقيل هو فى جميع الالوان لهما ان السرقة فى السوداء غيرها فى البيضاء فلم يتم على كل فعل نصاب الشهادة وصار كالغصب بل أولى لان أمر الحد اهم وصار كالذكورة والانوثه وله ان التوفيق ممكن لان التحمل فى الليالى من بعيد واللونان يتشابهان أو يجتمعان فى واحد فيكون السواد من جانب وهذا يبصره والبياض من جانب آخر وهذا الآخر يشاهده بخلاف الغصب لان التحمل فيه بالنهار على قرب منه والذكورة والانوثة لا يجتمعان فى واحدة كذا الوقوف على ذلك بالقرب منه فلا يشتبه قال (ومن شهد لرجل انه اشترى عبدا من فلان بالف وشهد آخر انه اشتراه بالف وخمسمائة فالشهادة باطلة) لان المقصود اثبات السبب وهو العقد ويختلف باختلاف الثمن فاختلف المشهود به ولم يتم العدد على كل واحد ولان المدعى يكذب أحد شاهديه وكذلك اذا كان المدعى هو البائع ولا فرق بين ان يدعى المدعى أقل المالين أو أكثرهما لما بينا (وكذلك الكتابة) لان المقصود هو العقد ان كان المدعى هو العبد فظاهر وكذا اذا كان هو المولى لان العتق لا يثبت قبل الاداء فكان المقصود اثبات السبب (وكذا الخلع والاعتاق على مال والصلح عن دم العمد اذا كان المدعى هو المرأة أو العبد أو القاتل) لان المقصود اثبات العقد والحاجة ماسة اليه وان كانت الدعوى من جانب آخر فهو بمنزلة دعوى الدين فيما ذكرنا من الوجوه لانه يثبت العفو والعتق والطلاق باعتراف صاحب الحق فيبقى الدعوى فى الدين وفى الرهن ان كان المدعى هو الراهن لا يقبل لانه لا حظ له فى الرهن فعريت الشهادة عن الدعوى وان كان هو المرتهن فهو بمنزلة دعوى الدين وفى الاجارة ان كان ذلك فى أول المدة فهو نظير البيع وان كان بعد مضى المدة والمدعى هو الآجر فهو دعوى الدين قال (فاما النكاح فانه يجوز بالف استحسانا وقالا هذا باطل فى النكاح أيضا) وذكر فى الامالى قول أبى يوسف مع قول أبى حنيفة رحمهم الله ولهما ان هذا اختلاف فى العقد لان المقصود من الجانبين السبب فاشبه البيع ولابى حنيفة رحمه الله ان المال فى النكاح تابع والاصل فيه الحل والازدواج والملك ولا اختلاف فيما هو الاصل فيثبت ثم اذا وقع الاختلاف فى التبع يقضى بالاقل لاتفاقهما عليه فيستوى دعوى أقل المالين أو أكثرهما فى الصحيح ثم قيل الاختلاف فيما اذا كانت المرأة هى المدعية وفيما اذا كان المدعى هو الزوج اجماع على انه لا تقبل لان مقصودها قد يكون المال ومقصوده ليس الا العقد وقيل الاختلاف فى الفصلين وهذا أصح والوجه ما ذكرنا ﴿فصل فى الشهادة على الارث﴾ قال (ومن أقام بينة على دار انها كانت لابيه اعارها أو اودعها الذى هى فى يده فانه يأخذها ولا يكلف البينة انه مات

وتركها ميراثا له) وأصله انه متى ثبت الملك للمورث لا يقضى به للوارث حتى يشهد الشهود انه مات
وتركها ميراثا له عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله خلافا لابى يوسف هو يقول ان ملك الوارث
ملك المورث فصارت الشهادة بالملك للمورث شهادة به للوارث وهما يقولان ان ملك الوارث
متجدد فى حق العين حتى يجب عليه الاستبراء فى الجارية الموروثة ويحل للوارث الغنى ما كان
صدقة على المورث الفقير فلا بد من النقل الا انه يكتفى بالشهادة على قيام ملك المورث وقت
الموت لثبوت الانتقال ضرورة وكذا على قيام يده على ما نذكره ان شاء الله تعالى وقد وجدت
الشهادة على اليد فى مسئلة الكتاب لان يد المستعير والمودع والمستأجر قائمة مقام يده فاغنى
ذلك عن الجر والنقل (وان شهدوا انها كانت فى يد فلان مات وهى فى يده جازت الشهادة) لان
الايدى عند الموت تنقلب يد ملك بواسطة الضمان والامانة تصير مضمونة بالتجهيل فصار
بمنزلة الشهادة على قيام ملكه وقت الموت (وان قالوا لرجل حى نشهد انها كانت فى يد المدعى منذ
أشهر لم تقبل) وعن أبى يوسف انها تقبل لان اليد مقصودة كالملك ولو شهدوا انها كانت ملكه
تقبل فكذا هذا فصار كما اذا شهدوا بالاخذ من المدعى وجه الظاهر وهو قولهما ان الشهادة
قامت بمجهول لان اليد منقضية وهى متنوعة الى ملك وامانة وضمان فتعذر القضاء باعادة
المجهول بخلاف الملك لانه معلوم غير مختلف وبخلاف الاخذ لانه معلوم وحكمه معلوم وهو
وجوب الرد ولان يد ذى اليد معاين ويد المدعى مشهود به وليس الخبر كالمعاينة (وان أقر بذلك
المدعى عليه دفعت الى المدعى) لان الجهالة فى المقر به لا تمنع صحة الاقرار (وان شهد شاهدان
انه أقر انها كانت فى يد المدعى دفعت اليه) لان المشهود به ههنا الاقرار وهو معلوم

﴿باب الشهادة على الشهادة﴾

قال (الشهادة على الشهادة جائزة فى كل حق لا يسقط بالشبهة) وهذا استحسان لشدة الحاجة
اليها اذ شاهد الاصل قد يعجز عن أداء الشهادة لبعض العوارض فلو لم تجز الشهادة على الشهادة
ادى الى اتواء الحقوق ولهذا جوزنا الشهادة على الشهادة وان كثرت الا ان فيها شبهة من حيث
البدلية أو من حيث ان فيها زيادة احتمال وقد أمكن الاحتراز عنه بجنس الشهود فلا تقبل
فيما يندرئ بالشبهات كالحدود والقصاص (وتجوز شهادة شاهدين على شهادة شاهدين) وقال
الشافعى لا يجوز الا الاربع على كل أصل اثنان لان كل شاهدين قائمان مقام شاهد واحد فصارا
كالمرأتين ولنا قول على رضى الله عنه لا يجوز على شهادة رجل الا شهادة رجلين ولان نقل
شهادة الاصل من الحقوق فهما شهدا بحق ثم شهدا بحق آخر فتقبل (ولا تقبل شهادة واحد على
شهادة واحد) لما روينا وهو حجة على مالك رحمه الله ولانه حق من الحقوق فلا بد من نصاب

الشهادة (وصفه الاشهادان يقول شاهد الاصل لشاهد الفرع اشهد على شهادتى انى أشهد أن فلان بن فلان أقر عندى بكذا واشهدنى على نفسه) لان الفرع كالنائب عنه فلا بد من التحميل والتوكيل على مامر ولا بد أن يشهد كما يشهد عند القاضى لينقله الى مجلس القضاء (وان لم يقل أشهدنى على نفسه جاز) لان من سمع اقرار غيره حل له الشهادة وان لم يقل له اشهد (ويقول شاهد الفرع عند الاداء أشهد أن فلانا أشهدنى على شهادته أن فلانا أقر عنده بكذا وقال لى اشهد على شهادتى بذلك) لانه لا بد من شهادته وذكر شهادة الاصل وذكره التحميل ولها لفظ أطول من هذا وأقصر منه وخير الامور أوسطها (ومن قال أشهدنى فلان على نفسه لم يشهد السامع على شهادته حتى يقول له اشهد على شهادتى) لانه لا بد من التحميل وهذا ظاهر عند محمد لان القضاء عنده بشهادة الفروع والاصول جميعا حتى اشتركوا فى الضمان عند الرجوع وكذا عندهما لانه لا بد من نقل شهادة الاصول لتصير حجة فيظهر تحميل ماهو حجة قال (ولا تقبل شهادة شهود الفرع الا أن يموت شهود الاصل أو يغيبوا مسيرة ثلاثة أيام فصاعدا أو يمرضوا مرضا لا يستطيعون معه حضور مجلس الحاكم) لان جوازها للحاجة وانما تمس عند عجز الاصل وبهذه الاشياء يتحقق العجز وانما اعتبرنا السفر لان المعجز بعد المسافة ومدة السفر بعيدة حكما حتى أدير عليها عدة من الاحكام فكذا سبيل هذا الحكم وعن أبى يوسف رحمه الله أنه ان كان فى مكان لو غدا لاداء الشهادة لا يستطيع أن يبيت فى أهله صح الاشهاد احياء لحقوق الناس قالوا الاول أحسن والثانى أرفق وبه أخذ الفقيه أبو الليث قال (فان عدل شهود الاصل شهود الفرع جاز) لانهم من أهل التزكية (وكذا اذا شهد شاهدان فعدل أحدهما الآخر صح) لما قلنا غاية الامر أن فيه منفعة له من حيث القضاء بشهادته لكن العدل لا يتهم بمثله كما لا يتهم فى شهادة نفسه كيف وان قوله مقبول فى حق نفسه وان ردت شهادة صاحبه فلا تهمة قال (وان سكتوا عن تعديلهم جاز وينظر القاضى فى حالهم) وهذا عند أبى يوسف رحمه الله وقال محمد رحمه الله لا تقبل لانه لا شهادة الا بالعدالة فان لم يعرفوها لم ينقلوا الشهادة فلا تقبل ولابى يوسف رحمه الله أن المأخوذ عليهم النقل دون التعديل لانه قد يخفى عليهم واذا نقلوا يتعرف القاضى العدالة كما اذا حضروا بانفسهم وشهدوا (وان أنكر شهود الاصل الشهادة لم تقبل شهادة شهود الفرع) لان التحميل لم يثبت للتعارض بين الخبرين وهو شرط (واذا شهد رجلان على شهادة رجلين على فلانة بنت فلان الفلانية بالف درهم وقالا أخبرانا أنهما يعرفانها فجاء بامرأة وقالا لا ندرى أهى هذه أم لا فانه يقال للمدعى هات شاهدين يشهدان أنها فلانة) لان الشهادة على المعرفة بالنسبة قد تحققت والمدعى يدعى الحق على الحاضرة ولعلها غيرها فلا بد من تعريفها بتلك النسبة

ونظـيرهذا اذا تحملوا الشهادة ببيع محـدودة بذكر حـدودها وشهدوا على المشـتري لا بد من آخرين يشهدان على أن المحدود بها في يد المدعى عليه وكذا اذا أنكر المدعى عليـه أن الحـدود المذكورة في الشـهادة حدود ما في يده قال (وكذلك كتاب القاضي الى القاضي) لانه في معنى الشهادة على الشهادة الا أن القاضي لكمال ديانتـه ووفور ولايتـه ينفرد بالنقـل (ولو قالوا في هـذين البابين التميمية لم يجز حتى ينسبوها الى فخـذها) وهي القبيلة الخاصـة وهـذا لان التعريف لا بد منه في هذا ولا يحصل بالنسبة الى العامة وهي عامة بالنسبة الى بني تميم لانهم قوم لا يحصون ويحصـل بالنسبة الى الفخذ لانها خاصـة وقيل الفرغانية نسبة عامة والاوزجندية خاصـة وقيل السمرقندية والبخارية عامة وقيـل الى السكة الصغيرة خاصة والى المحلة الكبيرة والمصر عامة ثم التعريف وان كان يتم بذكر الجد عنـد أبي حنيفة ومحمـد رحمهما الله خـلافا لابي يوسف رحمـه الله على ظاهر الروايات فذكر الفخذ يقوم مقام الجد لانه اسم الجد الاعلى فنزل منزلة الجـد الادنى والله أعلم

﴿فصل﴾ قال أبو حنيفة رحمه الله شاهد الزور أشهره في السوق ولا أعزره وقالا نوجعه ضربا ونحبسـه) وهو قول الشافعي رحمه الله لهما ما روي عن عمر رضي الله عنه أنه ضرب شاهد الزور أربعين سوطا وسخم وجهه ولان هـذه كبيرة يتعدى ضررها الى العباد وليس فيها حـد مقدر فيعزر وله أن شريحا كان يشـهره ولا يضرب ولان الانزجار يحصـل بالتشـهير فيكتفى به والضرب وان كان مبالغـة في الزجر ولكنه يقع مانعا عن الرجوع فوجب التخفيف نظـرا الى هـذا الوجه وحـديث عمر رضي الله عنـه محمول على السياسـة بدلالة التبليغ الى الاربعـين والتسخيم ثم تفسـير التشهير منقول عن شريح رحمه الله فانه كان يبعثه الى سوقه ان كان سوقيا والى قومـه ان كان غير سوقي بعـد العصر أجمع ما كانوا ويقول ان شريحا يقرأ عليكم السـلام ويقول انا وجدناهـذا شاهد زور فاحذروه وحـذروا الناس منـه وذكر شـمس الائمـة السرخسي رحمه الله أنه يشهر عندهما أيضا والتعزير والحبس على قدر ما يراه القاضي عندهما وكيفية التعزير ما ذكرناه في الحدود (وفي الجامع الصغير شاهدان أقرا انهما شـهدا بزور لم يضربا وقالا يعزران) وفائدته أن شاهد الزور في حق ما ذكرنا من الحكم هو المقر على نفسه بذلك فاما لا طريق الى اثبات ذلك بالبينة لانه نفي للشـهادة والبينات للاثبات والله أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

﴿كتاب الرجوع عن الشهادة﴾

قال (واذا رجع الشهود عن شهادتهم قبل الحكم بها سـقطت) لان الحق انما يثبت بالقضاء

والقاضي لا يقضي بكلام متناقض (ولا ضمان عليهما) لانهما ما اتلفا شيأ لا على المدعي ولا على المدعى عليه (فان حكم بشهادتهم ثم رجعوا لم يفسخ الحكم) لان آخر كلامهم يناقض أوله فلا ينقض الحكم بالتناقض ولانه في الدلالة على الصدق مثل الاول وقد ترجح الاول باتصال القضاء به (وعليهم ضمان ما أتلفوه بشهادتهم) لاقرارهم على أنفسهم بسبب الضمان والتناقض لا يمنع صحة الاقرار وسنقرره من بعد ان شاء الله (ولا يصح الرجوع الا بحضرة الحاكم) لانه فسخ للشهادة فيختص بما تختص به الشهادة من المجلس وهو مجلس القاضي اى قاض كان ولان الرجوع توبة والتوبة على حسب الجناية فالسر بالسر والاعلان بالاعلان واذا لم يصح الرجوع في غير مجلس القاضي فلو ادعى المشهود عليه رجوعهما وأراد يمينهما لا يحلفان وكذا لا تقبل بينته عليهما لانه ادعى رجوعا باطلا حتى لو أقام البينة انه رجع عند قاض كذا وضمنه المال تقبل لان السبب صحيح قال (واذا شهد شاهدان بمال فحكم الحاكم به ثم رجعا ضمنا المال للمشهود عليه) لان التسبيب على وجه التعدي سبب الضمان كحافر البئر وقد سببا للاتلاف تعديا وقال الشافعي لا يضمنان لانه لا عبرة للتسبيب عند وجود المباشرة قلنا تعذر ايجاب الضمان على المباشر وهو القاضي لانه كالملجا الى القضاء وفي ايجابه صرف الناس عن تقلده وتعذر استيفاؤه من المدعي لان الحكم ماض فاعتبر التسبيب وانما يضمنان اذا قبض المدعي المال دينا كان أو عينا لان الاتلاف به يتحقق ولانه لا مماثلة بين أخذ العين والزام الدين قال (فان رجع أحدهما ضمن النصف) والاصل ان المعتبر في هذا بقاء من بقي لا رجوع من رجع وقد بقي من يبقى بشهادته نصف الحق (وان شهد بالمال ثلاثة فرجع أحدهم فلا ضمان عليه) لانه بقي من يبقى بشهادته كل الحق وهذا لان الاستحقاق باق بالحجة والمتلف متى استحق سقط الضمان فاولى ان يمتنع (فان رجع آخر ضمن الراجعان نصف الحق) لان ببقاء أحدهم يبقى نصف الحق (وان شهد رجل وامرأتان فرجعت امرأة ضمنت ربع الحق) لبقاء ثلاثة الارباع ببقاء من بقي (وان رجعتا ضمنتا نصف الحق) لان بشهادة الرجل بقي نصف الحق (وان شهد رجل وعشر نسوة ثم رجع ثمان فلا ضمان عليهن) لانه بقي من يبقى بشهادته كل الحق (فان رجعت أخرى كان عليهن ربع الحق) لانه بقي النصف بشهادة الرجل والربع بشهادة الباقية فبقي ثلاثة الارباع (وان رجع الرجل والنساء فعلى الرجل سدس الحق وعلى النسوة خمسة اسداسه عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا على الرجل النصف وعلى النسوة النصف لانهن وان كثرن يقمن مقام رجل واحد ولهذا لا تقبل شهادتهن الا بانضمام رجل واحد ولابي حنيفة رحمه الله ان كل امرأتين قامتا مقام رجل واحد قال عليه الصلاة والسلام في نقصان عقلهن عدلت شهادة اثنتين منهن شهادة رجل واحد فصار كما اذا شهد بذلك ستة

رجال ثم رجعوا (فان رجع النسوة العشرة دون الرجل كان عليهن نصف الحق على القولين) لما قلنا (ولو شهد رجلان وامرأة عالم ثم رجعوا فالضمان عليهما دون المرأة) لان الواحدة ليست بشاهدة بل هى بعض الشاهد فلا يضاف اليه الحكم قال (وان شهد شاهدان على امرأة بالنكاح بمقدار مهر مثلها ثم رجعا فلا ضمان عليهما وكذلك اذا شهدا باقل من مهر مثلها) لان منافع البضع غير متقومة عند الاتلاف لان التضمين يستدعى المماثلة على ماعرف وانما تضمن وتتقوم بالتملك لانها تصير متقومة ضرورة الملك ابانة لخطر المحل (وكذلك اذا شهدا على رجل بتزويج امرأة بمقدار مهر مثلها) لانه اتلاف بعوض لما ان البضع متقوم حال الدخول فى الملك والاتلاف بعوض كلا اتلاف وهذا لان مبنى الضمان على المماثلة ولا مماثلة بين الاتلاف بعوض وبينه بغير عوض (وان شهدا باكثر من مهر المثل ثم رجعا ضمنا الزيادة) لانهما اتلفاها من غير عوض قال (وان شهدا ببيع شئ بمثل القيمة او اكثر ثم رجعا لم يضمنا) لانه ليس باتلاف معنى نظرا الى العوض (وان كان باقل من القيمة ضمنا النقصان) لانهما اتلفا هذا الجزء بلا عوض ولا فرق بين ان يكون البيع باتا او فيه خيار البائع لان السبب هو البيع السابق فيضاف الحكم عند سقوط الخيار اليه فيضاف التلف اليهم (وان شهدا على رجل انه طلق امرأته قبل الدخول بها ثم رجعا ضمنا نصف المهر) لانهما اكدا ضمانا على شرف السقوط الا ترى انها لو طاوعت ابن الزوج اوارتدت سقط المهر اصلا ولان الفرقة قبل الدخول فى معنى الفسخ فيوجب سقوط جميع المهر كما فى النكاح ثم يجب نصف المهر ابتداء بطريق المتعة فكان واجبا بشهادتهما قال (وان شهدا على انه اعتق عبده ثم رجعا ضمنا قيمته) لانهما اتلفا مالية العبد عليه من غير عوض والولاء للمعتق لان العتق لا يتحول اليهما بهذا الضمان فلا يتحول الولاء اليهما (وان شهدوا بقصاص ثم رجعوا بعد القتل ضمنوا الدية ولا يقتص منهم) وقال الشافعى يقتص منهم لوجود القتل منهم تسبيبا فاشبه المكره بل اولى لان الولى يعان والمكره يمنع ولنا ان القتل مباشرة لم يوجد وكذا تسبيبا لان التسبيب مايفضى اليه غالبا وههنا لا يفضى لان العفو مندوب بخلاف المكره لانه يؤثر حياته ظاهرا ولان الفعل الاختيارى مما يقطع النسبة ثم لا اقل من الشبهة وهى دارئة للقصاص بخلاف المال لانه يثبت مع الشبهات والباقى يعرف فى المختلف قال (واذا رجع شهود الفرع ضمنوا) لان الشهادة فى مجلس القضاء صدرت منهم فكان التلف مضافا اليهم (ولو رجع شهود الاصل وقالوا لم نشهد شهود الفرع على شهادتنا فلا ضمان عليهم) لانهم انكروا السبب وهو الاشهاد فلا يبطل القضاء لانه خبر محتمل فصار كرجوع الشاهد بخلاف ما قبل القضاء (وان قالوا اشهدناهم وغلطنا ضمنوا وهذا عند محمد رحمه الله وعند

ابى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله لا ضمان عليهم) لان القضاء وقع بشهادة الفروع لان القاضى يقضى بما يعاين من الحجة وهى شهادتهم وله أن الفروع نقلوا شهادة الاصول فصار كانهم حضروا (ولو رجع الاصول والفروع جميعا يجب الضمان عندهما على الفروع لا غير) لان القضاء وقع بشهادتهم وعند محمد رحمه الله المشهود عليه بالخيار ان شاء ضمن الاصول وان شاء ضمن الفروع لان القضاء وقع بشهادة الفروع من الوجه الذى ذكرا وبشهادة الاصول من الوجه الذى ذكر فيتخير بينهما والجهتان متغايرتان فلا يجمع بينهما فى التضمين (وان قال شهود الفرع كذب شهود الاصل او غلطوا فى ذلك لم يلتفت الى ذلك) لان ما أمضى من القضاء لا ينتقض بقولهم ولا يجب الضمان عليهم لانهم ما رجعوا عن شهادتهم انما شهدوا على غيرهم بالرجوع قال (وان رجع المزكون عن التزكية ضمنوا وهذا عند أبى حنيفة وقالا لا يضمنون) لانهم أثنوا على الشهود خيرا فصاروا كشهود الاحصان وله أن التزكية اعمال للشهادة اذ القاضى لا يعمل بها الا بالتزكية فصارت بمعنى علة العلة بخلاف شهود الاحصان لانه شرط محض قال (واذا شهد شاهدان باليمين وشاهدان بوجود الشرط ثم رجعوا فالضمان على شهود اليمين خاصة) لانه هو السبب والتلف يضاف الى مثبتى السبب دون الشرط المحض الا ترى أن القاضى يقضى بشهادة اليمين دون شهود الشرط ولو رجع شهود الشرط وحدهم اختلف المشايخ فيه ومعنى المسئلة يمين العتاق والطلاق قبل الدخول

﴿ كتاب الوكالة ﴾

قال (كل عقد جاز ان يعقده الانسان بنفسه جاز أن يوكل به غيره) لان الانسان قد يعجز عن المباشرة بنفسه على اعتبار بعض الاحوال فيحتاج الى أن يوكل به غيره فيكون بسبيل منه دفعا للحاجة وقد صح أن النبى عليه السلام وكل بالشراء حكيم بن حزام وبالتزويج عمر بن أم سلمة رضى الله عنهما قال (وتجوز الوكالة بالخصومة فى سائر الحقوق) لما قدمنا من الحاجة اذ ليس كل أحد يهتدى الى وجوه الخصومات وقد صح أن عليا رضى الله عنه وكل فيها عقيلا وبعد ما أسن وكل عبد الله بن جعفر رضى الله عنه (وكذا بايفائها واستيفائها الا فى الحدود والقصاص فان الوكالة لا تصح باستيفائها مع غيبة الموكل عن المجلس) لانها تندرئ بالشبهات وشبهة العفو ثابتة حال غيبة الموكل بل هو الظاهر للندب الشرعى بخلاف غيبة الشاهد لان الظاهر عدم الرجوع وبخلاف حالة الحضرة لانتفاء هذه الشبهة وليس كل أحد يحسن الاستيفاء فلو منع عنه ينسد باب الاستيفاء أصلا وهذا الذى ذكرناه قول أبى حنيفة رحمه الله (وقال أبو يوسف رحمه الله لا تجوز الوكالة باثبات الحدود والقصاص باقامة الشهود أيضا) ومحمد

رحمه الله مع أبى حنيفة رحمه الله وقيل مع أبى يوسف وقيل هذا الاختلاف فى غيبته دون حضرته لان كلام الوكيل ينتقل الى الموكل عند حضوره فصار كأنه متكلم بنفسه له أن التوكيل انابة وشبهة النيابة يتحرز عنها فى هذا الباب (كما فى الشهادة على الشهادة وكما فى الاستيفاء) ولابى حنيفة رحمه الله أن الخصومة شرط محض لان الوجوب مضاف الى الجناية والظهور الى الشهادة فيجرى فيه التوكيل كما فى سائر الحقوق وعلى هذا الخلاف التوكيل بالجواب من جانب من عليه الحد والقصاص وكلام أبى حنيفة رحمه الله فيه أظهر لان الشبهة لا تمنع الدفع غير ان اقرار الوكيل غير مقبول عليه لما فيه من شبهة عدم الامر به (وقال أبو حنيفة رحمه الله لا يجوز التوكيل بالخصومة من غير رضا الخصم الا أن يكون الموكل مريضا أو غائبا مسيرة ثلاثة أيام فصاعدا وقالا يجوز التوكيل بغير رضا الخصم) وهو قول الشافعى رحمه الله ولا خلاف فى الجواز انما الخلاف فى اللزوم لهما أن التوكيل تصرف فى خالص حقه فلا يتوقف على رضا غيره كالتوكيل بتقاضى الديون وله أن الجواب مستحق على الخصم ولهذا يستحضره والناس متفاوتون فى الخصومة فلو قلنا بلزومه يتضرر به فيتوقف على رضاه كالعبد المشترك اذا كاتبه أحدهما يتخير الآخر بخلاف المريض والمسافر لان الجواب غير مستحق عليهما هنالك ثم كما يلزم التوكيل عنده من المسافر يلزم اذا أراد السفر لتحقق الضرورة ولو كانت المرأة مخدرة لم تجر عادتها بالبروز وحضور مجلس الحاكم قال الرازى رحمه الله يلزم التوكيل لانها لو حضرت لا يمكنها أن تنطق بحقها لحيائها فيلزم توكيلها قال رضى الله عنه وهذا شئ استحسنه المتأخرون قال (ومن شرط الوكالة أن يكون الموكل ممن يملك التصرف وتلزمه الاحكام) لان الوكيل يملك التصرف من جهة الموكل فلا بد من أن يكون الموكل مالكا ليملكه من غيره (و) يشترط أن يكون (الوكيل ممن يعقل العقد ويقصده) لانه يقوم مقام الموكل فى العبارة فيشترط أن يكون من أهل العبارة حتى لو كان صبيا لا يعقل أو مجنونا كان التوكيل باطلا (واذا وكل الحر العاقل البالغ أو المأذون مثلهما جاز) لان الموكل مالك للتصرف والوكيل من أهل العبارة (وان وكلا صبيا محجورا يعقل البيع والشراء أو عبدا محجورا جاز ولا يتعلق بهما الحقوق وتتعلق بموكلهما) لان الصبى من أهل العبارة الا ترى أنه ينفذ تصرفه باذن وليه والعبد من أهل التصرف على نفسه مالك له وانما لا يملكه فى حق المولى والتوكيل ليس تصرفا فى حقه الا أنه لا يصح منهما التزام العهدة أما الصبى لقصور أهليته والعبد لحق سيده فتلزم الموكل وعن أبى يوسف رحمه الله أن المشترى اذا لم يعلم بحال البائع ثم علم أنه صبى أو مجنون أو محجور له خيار الفسخ لانه دخل

فى العقد على أن حقوقه تتعلق بالعاقد فاذا ظهر خلافه يتخير كما اذا عثر على عيب قال (والعقد الذى يعقده الوكلاء على ضربين كل عقد يضيفه الوكيل الى نفسه كالبيع والاجارة فحقوقه تتعلق بالوكيل دون الموكل) وقال الشافعى رحمه الله تتعلق بالموكل لان الحقوق تابعة لحكم التصرف والحكم وهو الملك يتعلق بالموكل فكذا توابعه وصار كالرسول والوكيل فى النكاح ولنا أن الوكيل هو العاقد حقيقة لان العقد يقوم بالكلام وصحة عبارته لكونه آدميا وكذا حكما لانه يستغنى عن اضافة العقد الى الموكل ولو كان سفيرا عنه لما استغنى عن ذلك كالرسول واذا كان كذلك كان أصيلا فى الحقوق فتتعلق به ولهذا قال فى الكتاب (يسلم المبيع ويقبض الثمن ويطالب بالثمن اذا اشترى ويقبض المبيع ويخاصم فى العيب ويخاصم فيه) لان كل ذلك من الحقوق والملك يثبت للموكل خلافة عنه اعتبارا للتوكيل السابق كالعبد يتهب ويصطاد ويحتطب هو الصحيح قال رضى الله عنه وفى مسئلة العيب تفصيل نذكره ان شاء الله تعالى قال (وكل عقد يضيفه الى موكله كالنكاح والخلع والصلح عن دم العمد فان حقوقه تتعلق بالموكل دون الوكيل فلا يطالب وكيل الزوج بالمهر ولا يلزم وكيل المرأة تسليمها) لان الوكيل فيها سفير محض الا يرى أنه لا يستغنى عن اضافة العقد الى الموكل ولو أضافه الى نفسه كان النكاح له فصار كالرسول وهذا لان الحكم فيها لا يقبل الفصل عن السبب لانه اسقاط فيتلاشى فلا يتصور صدوره من شخص وثبوت حكمه لغيره فكان سفيرا والضرب الثانى من أخواته العتق على مال والكتابة والصلح على الانكار فاما الصلح الذى هو جار مجرى البيع فهو من الضرب الاول والوكيل بالهبة والتصدق والاعارة والايداع والرهن والاقراض سفير ايضا لان الحكم فيها يثبت بالقبض وانه يلاقى محلا مملوكا للغير فلا يجعل أصيلا وكذا اذا كان الوكيل من جانب الملتمس وكذا الشركة والمضاربة الا أن التوكيل بالاستقراض باطل حتى لا يثبت الملك للموكل بخلاف الرسالة فيه قال (واذا طالب الموكل المشترى بالثمن فله أن يمنعه اياه) لانه أجنبى عن العقد وحقوقه لما أن الحقوق الى العاقد (فان دفعه اليه جاز ولم يكن للوكيل أن يطالبه به ثانيا) لان نفس الثمن المقبوض حقه وقد وصل اليه ولا فائدة فى الاخذ منه ثم الدفع اليه ولهذا لو كان للمشترى على الموكل دين يقع المقاصة ولو كان له عليهما دين يقع المقاصة بدين الموكل أيضا دون دين الوكيل وبدين الوكيل اذا كان وحده ان كان يقع المقاصة عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله لما أنه يملك الابراء عنه عندهما ولكنه يضمنه للموكل فى الفصلين

﴿باب الوكالة بالبيع والشراء﴾

﴿فصل فى الشراء﴾ قال (ومن وكل رجلا بشراء شئ فلا بد من تسمية جنسه وصفته

أوجنسه ومبلغ ثمنه) ليصير الفعل الموكل به معلوما فيمكنه الائتمار (الا أن يوكله وكالة عامة فيقول ابتعلى مارأيت) لانه فوض الامر الى رأيه فاى شئ يشتريه يكون ممتثلا والاصل فيه ان الجهالة اليسيرة تتحمل فى الوكالة كجهالة الوصف استحسانا لان مبنى التوكيل على التوسعة لانه استعانة وفى اعتبار هذا الشرط بعض الحرج وهو مدفوع (ثم ان كان اللفظ يجمع اجناسا أوماهو فى معنى الاجناس لا يصح التوكيل وان بين الثمن) لان بذلك الثمن يوجد من كل جنس فلا يدرى مراد الآمر لتفاحش الجهالة (وان كان جنسا يجمع أنواعا لا يصح الا ببيان الثمن أو النوع) لانه بتقدير الثمن يصير النوع معلوما وبذكر النوع تقل الجهالة فلا تمنع الامتثال مثاله اذا وكله بشراء عبد او جارية لا يصح لانه يشمل أنواعا فان بين النوع كالتركى أو الحبشى أو الهندى أو السندى أو المولد جاز وكذا اذا بين الثمن لما ذكرناه ولو بين النوع أو الثمن ولم يبين الصفة الجودة والرداءة والسطة جاز لانه جهالة مستدركة ومراده من الصفة المذكورة فى الكتاب النوع (وفى الجامع الصغير ومن قال لآخر اشترلى ثوبا أودابة أو دارا فالوكالة باطلة) للجهالة الفاحشة فان الدابة فى حقيقة اللغة اسم لما يدب على وجه الارض وفى العرف يطلق على الخيل والحمار والبغل فقد جمع اجناسا وكذا الثوب لانه يتناول الملبوس من الاطلس الى الكساء ولهذا لا يصح تسميته مهرا وكذا الدار تشمل ماهو فى معنى الاجناس لانها تختلف اختلافا فاحشا باختلاف الاغراض والجيران والمرافق والمحال والبلدان فيتعذر الامتثال قال (وان سمى ثمن الدار ووصف جنس الدار والثوب جاز) معناه نوعه وكذا اذا سمى نوع الدابة بان قال حمارا اونحوه قال (ومن دفع الى آخر دراهم وقال اشترلى بها طعاما فهو على الحنطة ودقيقها) استحسانا والقياس أن يكون على كل مطعوم اعتبارا للحقيقة كما فى اليمين على الاكل اذ الطعام اسم لما يطعم وجه الاستحسان ان العرف أملك وهو على ماذكرناه اذا ذكر مقرونا بالبيع والشراء ولا عرف فى الاكل فبقى على الوضع وقيل ان كثرت الدراهم فعلى الحنطة وان قلت فعلى الخبز وان كان فيما بين ذلك فعلى الدقيق قال (واذا اشترى الوكيل وقبض ثم اطلع على عيب فله أن يرده بالعيب مادام المبيع فى يده) لانه من حقوق العقد وهى كلها اليه (فان سلمه الى الموكل لم يرده الا باذنه) لانه انتهى حكم الوكالة ولان فيه ابطال يده الحقيقية فلا يتمكن منه الا باذنه ولهذا كان خصما لمن يدعى فى المشترى دعوى كالشفيع وغيره قبل التسليم الى الموكل لا بعده قال (ويجوز التوكيل بعقد الصرف والسلم) لانه عقد يملكه بنفسه فيملك التوكيل به دفعا للحاجة على مامر ومراده التوكيل بالاسلام دون قبول السلم لان ذلك لا يجوز فان الوكيل يبيع طعاما فى ذمته على أن يكون الثمن لغيره وهذا لا يجوز (فان فارق الوكيل صاحبه قبل القبض بطل العقد) لوجود الافتراق من غير قبض (ولا يعتبر مفارقة الموكل) لانه ليس بعاقد والمستحق

بالعقد

بالعقد قبض العاقد وهو الوكيل فيصح قبضه وان كان لا يتعلق به الحقوق كالصبي والعبد المحجور عليه بخلاف الرسول لان الرسالة فى العقد لا فى القبض وينتقل كلامه الى المرسل فصار قبض الرسول قبض غير العاقد فلم يصح قال (واذا دفع الوكيل بالشراء الثمن من ماله وقبض المبيع فله أن يرجع به على الموكل) لانه انعقدت بينهما مبادلة حكمية ولهذا اذا اختلفا فى الثمن يتحالفان ويرد الموكل بالعيب على الوكيل وقد سلم المشترى للموكل من جهة الوكيل فيرجع عليه ولان الحقوق لما كانت راجعة اليه وقد علمه الموكل فيكون راضيا بدفعه من ماله (فان هلك المبيع فى يده قبل حبسه هلك من مال الموكل ولم يسقط الثمن) لان يده كيد الموكل فاذا لم يحبسه يصير الموكل قابضا بيده (وله ان يحبسه حتى يستوفى الثمن) لما بينا أنه بمنزلة البائع من الموكل وقال زفر ليس له ذلك لان الموكل صار قابضا بيده فكانه سلمه اليه فيسقط حق الحبس قلنا هذا مما لا يمكن التحرز عنه فلا يكون راضيا بسقوط حقه فى الحبس على ان قبضه موقوف فيقع للموكل ان لم يحبسه ولنفسه عند حبسه (فان حبسه فهلك كان مضمونا ضمان الرهن عند أبى يوسف رحمه الله وضمان المبيع عند محمد) وهو قول أبى حنيفة رحمه الله وضمان الغصب عند زفر رحمه الله لانه منع بغير حق لهما أنه بمنزلة البائع منه فكان حبسه لاستيفاء الثمن فيسقط بهلاكه ولابى يوسف رحمه الله أنه مضمون بالحبس للاستيفاء بعد ان لم يكن وهو الرهن بعينه بخلاف المبيع لان البيع ينفسخ بهلاكه وههنا لا ينفسخ أصل العقد قلنا ينفسخ فى حق الموكل والوكيل كما اذا رده الموكل بعيب ورضى الوكيل به قال (واذا وكله بشراء عشرة أرطال لحم بدرهم فاشترى عشرين رطلا بدرهم من لحم يباع منه عشرة أرطال بدرهم لزم الموكل منه عشرة بنصف درهم عند أبى حنيفة رحمه الله وقالا يلزمه العشرون بدرهم) وذكر فى بعض النسخ قول محمد رحمه الله مع قول أبى حنيفة ومحمد لم يذكر الخلاف فى الاصل لابى يوسف رحمه الله أنه أمره بصرف الدرهم فى اللحم وظن أن سعره عشرة أرطال فاذا اشترى به عشرين فقد زاده خيرا وصار كما اذا وكله ببيع عبده بألف فباعه بالفين ولابى حنيفة انه أمره بشراء عشرة ارطال ولم يأمره بشراء الزيادة فنفذ شراؤها عليه وشراء العشرة على الموكل بخلاف ما استشهد به لان الزيادة هناك بدل ملك الموكل فتكون له بخلاف ما اذا اشترى ما يساوى عشرين رطلا بدرهم حيث يصير مشتريا لنفسه بالاجماع لان الامر يتناول السمين وهذا مهزول فلم يحصل مقصود الآمر قال (ولو وكله بشراء شئ بعينه فليس له ان يشتريه لنفسه) لانه يؤدى الى تغرير الآمر حيث اعتمد عليه ولان فيه عزل نفسه ولا يملكه على ما قيل الا بمحضر من الموكل فلو كان الثمن مسمى

فاشترى بخلاف جنسه او لم يكن مسمى فاشترى بغير النقود او وكل وكيلا بشرائه فاشترى الثانى وهو غائب يثبت الملك للوكيل الاول فى هذه الوجوه لانه خالف امر الآمر فينفذ عليه ولو اشترى الثانى بحضرة الوكيل الاول نفذ على الموكل الاول لانه حضره رأيه فلم يكن مخالفا قال (وان وكله بشراء عبد بغير عينه فاشترى عبدا فهو للوكيل الا ان يقول نويت الشراء للموكل او يشتريه بمال الموكل) قال رضى الله عنه هذه المسئلة على وجوه ان اضاف العقد الى دراهم الآمر كان للآمر وهو المراد عندى بقوله او يشتريه بمال الموكل دون النقد من ماله لان فيه تفصيلا وخلافا وهذا بالاجماع وهو مطلق وان اضافه الى دراهم نفسه كان لنفسه حملا لحاله على ما يحل له شرعا او يفعله عادة اذ الشراء لنفسه باضافة العقد الى دراهم غيره مستنكر شرعا وعرفا وان اضافه الى دراهم مطلقة فان نواها للآمر فهو للآمر وان نواها لنفسه فلنفسه لان له ان يعمل لنفسه ويعمل للآمر فى هذا التوكيل وان تكاذبا فى النية يحكم النقد بالاجماع لانه دلالة ظاهرة على ما ذكرنا وان توافقا على انه لم تحضره النية قال محمد رحمه الله هو للعاقد لان الاصل ان كل واحد يعمل لنفسه الا اذا ثبت جعله لغيره ولم يثبت وعند ابى يوسف رحمه الله يحكم النقد فيه لان ما اوقعه مطلقا يحتمل الوجهين فيبقى موقوفا فمن اى المالين نقد فقد فعل ذلك المحتمل لصاحبه ولان مع تصادقهما يحتمل النية للآمر وفيما قلناه حمل حاله على الصلاح كما فى حالة التكاذب والتوكيل بالاسلام فى الطعام على هذه الوجوه قال (ومن امر رجلا بشراء عبد بالف فقال قد فعلت ومات عندى وقال الآمر اشتريته لنفسك فالقول قول الآمر فان كان دفع اليه الالف فالقول قول المأمور) لان فى الوجه الاول اخبر عما لا يملك استئنافه وهو الرجوع بالثمن على الآمر وهو ينكر والقول للمنكر وفى الوجه الثانى هو امين يريد الخروج عن عهدة الامانة فيقبل قوله ولو كان العبد حيا حين اختلفا ان كان الثمن منقودا فالقول للمأمور لانه امين وان لم يكن منقودا فكذلك عند ابى يوسف ومحمد رحمهما الله لانه يملك استئناف الشراء فلا يتهم فى الاخبار عنه وعند ابى حنيفة رحمه الله القول للآمر لانه موضع تهمة بان اشتراه لنفسه فاذا رأى الصفقة خاسرة الزمها الآمر بخلاف ما اذا كان الثمن منقودا لانه امين فيه فيقبل قوله تبعا لذلك ولا ثمن فى يده ههنا وان كان امره بشراء عبد بعينه ثم اختلفا والعبد حى فالقول للمأمور وسواء كان الثمن منقودا او غير منقود وهذا بالاجماع لانه اخبر عما يملك استئنافه ولا تهمة فيه لان الوكيل بشراء شئ بعينه لا يملك شراءه لنفسه بمثل ذلك الثمن فى حال غيبته على ما مر بخلاف غير المعين على ما ذكرناه لابى حنيفة رحمه الله (ومن قال لآخر بعنى هذا العبد لفلان فباعه ثم انكر ان يكون فلان امره ثم جاء فلان فقال انا

أمرته بذلك فان فلانا يأخذه) لان قوله السابق اقرار منه بالوكالة عنه فلا ينفعه الانكار اللاحق (فان قال فلان لم آمره لم يكن ذلك له) لان الاقرار ارتد برده قال (الا أن يسلمه المشترى له فيكون بيعا عنه وعليه العهدة) لانه صار مشتريا بالتعاطى كمن اشترى لغيره بغير أمره حتى لزمه ثم سلمه المشترى له ودلت المسئلة على أن التسليم على وجه البيع يكفى للتعاطى وان لم يوجد نقد الثمن وهو يتحقق فى النفيس والخسيس لاستتمام التراضى وهو المعتبر فى الباب قال (ومن أمر رجلا بان يشترى له عبدين باعيانهما ولم يسم له ثمنا فاشترى له أحدهما جاز) لان التوكيل مطلق فيجرى على اطلاقه وقد لا يتفق الجمع بينهما فى البيع (الا فيما لا يتغابن الناس فيه) لانه توكيل بالشراء وهذا كله بالاجماع (ولو أمره بان يشتريهما بالف وقيمتهما سواء فعند أبى حنيفة رحمه الله ان اشترى أحدهما بخمسمائة أو أقل جاز وان اشترى باكثر لم يلزم الآمر) لانه قابل الالف بهما وقيمتهما سواء فيقسم بينهما انصافا دلالة فكان آمرا بشراء كل واحد منهما بخمسمائة ثم الشراء بها موافقة وباقل منها مخالفة الى خير وبالزيادة الى شر قلت الزيادة أو كثرت فلا يجوز (الا ان يشترى الباقى ببقية الالف قبل ان يختصما استحسانا) لان شراء الاول قائم وقد حصل غرضه المصرح به وهو تحصيل العبدين بالالف وما ثبت الانقسام الا دلالة والصريح يفوقها (وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله ان اشترى أحدهما باكثر من نصف الالف بما يتغابن الناس فيه وقد بقى من الالف ما يشترى بمثله الباقى جاز) لان التوكيل مطلق لكنه يتقيد بالمتعارف وهو فيما قلنا ولكن لابد ان يبقى من الالف باقية يشترى بمثلها الباقى ليمكنه تحصيل غرض الآمر قال (ومن له على آخر ألف درهم فامره بان يشترى بها هذا العبد فاشتراه جاز) لان فى تعيين المبيع تعيين البائع ولو عين البائع يجوز على ما نذكره ان شاء الله تعالى (وان امره ان يشترى بها عبدا بغير عينه فاشتراه فمات فى يده قبل ان يقبضه الآمر مات من مال المشترى وان قبضه الآمر فهو له) وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله (وقالا هو لازم للآمر اذا قبضه المأمور) وعلى هذا اذا أمره ان يسلم ما عليه أو يصرف ما عليه لهما ان الدراهم والدنانير لا يتعينان فى المعاوضات دينا كانت أو عينا الا ترى انه لو تبايعا عينا بدين ثم تصادقا ان لا دين لا يبطل العقد فصار الاطلاق والتقييد فيه سواء فيصح التوكيل ويلزم الآمر لان يد الوكيل كيده ولابى حنيفة رحمه الله انها تتعين فى الوكالات الا ترى انه لو قيد الوكالة بالعين منها أو بالدين منها ثم استهلك العين أو أسقط الدين بطلت الوكالة واذا تعينت كان هذا تمليك الدين من غير من عليه الدين من غير ان يوكله بقبضه وذلك لا يجوز كما اذا اشترى بدين على غير المشترى أو يكون أمرا بصرف ما لا يملكه الا بالقبض قبله وذلك باطل كما اذا قال أعط مالى عليك من شئت بخلاف ما اذا عين البائع لانه يصير وكيلا

عنه فى القبض ثم يتملكه و بخلاف ما اذا أمره بالتصدق لانه جعل المال لله تعالى وهو معلوم واذا لم يصح التوكيل نفذ الشرى على المأمور فيهلك من ماله الا اذا قبضه الآمر منه لانعقاد البيع تعاطيا قال (ومن دفع الى آخر الفا وأمره ان يشترى بها جارية فاشتراها فقال الآمر اشتريتها بخمسمائة وقال المأمور اشتريتها بالف فالقول قول المأمور) ومراده اذا كانت تساوى الفا لانه أمين فيه وقد ادعى الخروج عن عهدة الامانة والآمر يدعى عليه ضمان خمسمائة وهو ينكر فان كانت تساوى خمسمائة فالقول قول الآمر لانه خالف حيث اشترى جارية تساوى خمسمائة والامر تناول ما يساوى الفا فيضمن قال (وان لم يكن دفع اليه الالف فالقول قول الآمر) اما اذا كانت قيمتها خمسمائة فللمخالفة وان كانت قيمتها الفا فمعناه انهما يتحالفان لان الموكل والوكيل فى هذا ينزلان منزلة البائع والمشترى وقد وقع الاختلاف فى الثمن وموجبه التحالف ثم يفسخ العقد الذى جرى بينهما فتلزم الجارية المأمور قال (ولو أمره ان يشترى له هذا العبد ولم يسم له ثمنا فاشتراه فقال الآمر اشتريته بخمسمائة وقال المأمور بالف وصدق البائع المأمور فالقول قول المأمور مع يمينه) قيل لا تحالف ههنا لانه ارتفع الخلاف بتصديق البائع اذ هو حاضر وفى المسئلة الاولى هو غائب فاعتبر الاختلاف وقيل يتحالفان كما ذكرنا وقد ذكر معظم يمين التحالف وهو يمين البائع والبائع بعد استيفاء الثمن أجنبى عنهما وقبله أجنبى عن الموكل اذ لم يجر بينهما بيع فلا يصدق عليه فيبقى الخلاف وهذا قول الامام أبى منصور وهو أظهر والله أعلم بالصواب

﴿فصل فى التوكيل بشراء نفس العبد﴾ قال (واذا قال العبد لرجل اشترلى نفسى من مولاى بالف ودفعها اليه فان قال الرجل للمولى اشتريته لنفسه فباعه على هذا فهو حر والولاء للمولى) لان بيع نفس العبد منه اعتاق وشراء العبد نفسه قبول الاعتاق ببدل والمأمور سفير عنه اذ لا يرجع عليه الحقوق فصار كانه اشترى بنفسه واذا كان اعتاقا أعقب الولاء (وان لم يعين للمولى فهو عبد للمشترى) لان اللفظ حقيقة للمعاوضة وأمكن العمل بها اذا لم يعين فيحافظ عليها بخلاف شراء العبد نفسه لان المجاز فيه متعين واذا كان معاوضة يثبت الملك له (والالف للمولى) لانه كسب عبده (وعلى المشترى ألف مثله) ثمنا للعبد فانه فى ذمته حيث لم يصح الاداء بخلاف الوكيل بشراء العبد من غيره حيث لا يشترط بيانه لان العقدين هنالك على نمط واحد وفى الحالين المطالبة تتوجه نحو العاقد اما ههنا فاحدهما اعتاق معقب للولاء ولا مطالبة على الوكيل والمولى عساه لا يرضاه ويرغب فى المعاوضة المحضة فلا بد من البيان (ومن قال لعبد اشترلى نفسك من مولاك فقال لمولاه بعنى نفسى لفلان بكذا ففعل فهو للآمر) لان العبد يصلح وكيلا

عن غيره فى شراء نفسه لانه أجنبى عن ماليته والبيع يرد عليه من حيث انه مال الا ان ماليته فى يده حتى لا يملك البائع الحبس بعد البيع لاستيفاء الثمن فاذا أضافه الى الآمر صلح فعله امتثالا فيقع العقد للآمر (وان عقد لنفسه فهو حر) لانه اعتاق وقد رضى به المولى دون المعاوضة والعبد وان كان وكيلا بشراء شئ معين ولكنه أتى بجنس تصرف آخر وفى مثله ينفذ على الوكيل (وكذا لو قال بعنى نفسى ولم يقل لفلان فهو حر) لان المطلق يحتمل الوجهين فلا يقع امتثالا بالشك فيبقى التصرف واقعا لنفسه

(فصل فى البيع) قال (والوكيل بالبيع والشراء لا يجوز له ان يعقد مع أبيه وجده ومن لا تقبل شهادته له عند أبى حنيفة رحمه الله وقالا يجوز بيعه منهم بمثل القيمة الا من عبده أو مكاتبه) لان التوكيل مطلق ولا تهمة اذ الاملاك متباينة والمنافع منقطعة بخلاف العبد لانه بيع من نفسه لان ما فى يد العبد للمولى وكذا للمولى حق فى كسب المكاتب وينقلب حقيقة بالعجز وله ان مواضع التهمة مستثناة عن الوكالات وهذا موضع التهمة بدليل عدم قبول الشهادة ولان المنافع بينهم متصلة فصار بيعا من نفسه من وجه والاجارة والصرف على هذا الخلاف قال (والوكيل بالبيع يجوز بيعه بالقليل والكثير والعرض عند أبى حنيفة وقالا لا يجوز بيعه بنقصان لا يتغابن الناس فيه ولا يجوز الا بالدراهم والدنانير) لان مطلق الامر يتقيد بالمتعارف لان التصرفات لدفع الحاجات فتتقيد بمواقعها والمتعارف البيع بثمن المثل وبالنقود ولهذا يتقيد التوكيل بشراء الفحم والجمد والاضحية بزمان الحاجة ولان البيع بغبن فاحش بيع من وجه وهبة من وجه وكذا المقايضة بيع من وجه وشراء من وجه فلا يتناوله مطلق اسم البيع ولهذا لا يملكه الاب والوصى وله ان التوكيل بالبيع مطلق فيجرى على اطلاقه فى غير موضع التهمة والبيع بالغبن أو بالعين متعارف عند شدة الحاجة الى الثمن والتبرع من العين والمسائل ممنوعة على قول أبى حنيفة على ما هو المروى عنه وانه بيع من كل وجه حتى ان من حلف لا يبيع يحنث به غير ان الاب والوصى لا يملكانه مع انه بيع لان ولايتهما نظرية ولا نظر فيه والمقايضة شراء من كل وجه وبيع من كل وجه لوجود حد كل واحد منهما (والوكيل بالشراء يجوز عقده بمثل القيمة وزيادة يتغابن الناس فى مثلها ولا يجوز بما لا يتغابن الناس فى مثله) لان التهمة فيه متحققة فلعله اشتراه لنفسه فاذا لم يوافقه الحقه بغيره على ما مر حتى لو كان وكيلا بشراء شئ بعينه قالوا ينفذ على الآمر لانه لا يملك شراءه لنفسه وكذا الوكيل بالنكاح اذا زوجه امرأة باكثر من مهر مثلها جاز عنده لانه لا بد من الاضافة الى الموكل فى العقد فلا تتمكن هذه التهمة ولا كذلك الوكيل بالشراء لانه يطلق العقد قال (والذى لا يتغابن الناس فيه ما لا يدخل تحت

تقويم المقومين وقيل فى العروض ده نيم وفى الحيوانات ده يازده وفى العقارات ده دوازده) لان التصرف يكثر وجوده فى الاول ويقل فى الاخير ويتوسط فى الاوسط وكثرة الغبن لقلة التصرف قال (واذا وكله ببيع عبد له فباع نصفه جاز عند أبى حنيفة رحمه الله) لان اللفظ مطلق عن قيد الافتراق والاجتماع الاترى أنه لو باع الكل بثمن النصف يجوز عنده فاذا باع النصف به أولى (وقالا لايجوز) لانه غير متعارف ولما فيه من ضرر الشركة (الا أن يبيع النصف الآخر قبل أن يختصما) لان بيع النصف قد يقع وسيلة الى الامتثال بان لايجد من يشتريه جملة فيحتاج الى أن يفرق فاذا باع الباقى قبل نقض البيع الاول تبين أنه وقع وسيلة واذا لم يبع ظهر أنه لم يقع وسيلة فلا يجوز وهذا استحسان عندهما (وان وكله بشراء عبد فاشترى نصفه فالشراء موقوف فان اشترى باقيه لزم الموكل) لان شراء البعض قد يقع وسيلة الى الامتثال بان كان مورو ثا بين جماعة فيحتاج الى شرائه شقصا شقصا فاذا اشترى الباقى قبل رد الآمر البيع تبين أنه وقع وسيلة فينفذ على الآمر وهذا بالاتفاق والفرق لابى حنيفة رحمه الله أن فى الشراء تتحقق التهمة على مامر وآخر أن الامر بالبيع يصادف ملكه فيصح فيعتبر فيه اطلاقه والامر بالشراء صادف ملك الغير فلم يصح فلم يعتبر فيه التقييد والاطلاق قال (ومن أمر رجلا ببيع عبده فباعه وقبض الثمن أولم يقبض فرده المشترى عليه بعيب لايحدث مثله بقضاء القاضى ببينة أو باباء يمين أو باقرار فانه يرده على الآمر) لان القاضى تيقن بحدوث العيب فى يد البائع فلم يكن قضاؤه مستندا الى هذه الحجج وتأويل اشتراطها فى الكتاب أن القاضى يعلم أنه لايحدث مثله فى مدة شهر مثلا لكنه اشتبه عليه تاريخ البيع فيحتاج الى هذه الحجج لظهور التاريخ أو كان عيبا لايعرفه الا النساء أو الاطباء وقولهن وقول الطبيب حجة فى توجه الخصومة لا فى الرد فيفتقر اليها فى الرد حتى لو كان القاضى عاين البيع والعيب ظاهر لايحتاج الى شئ منها وهو رد على الموكل فلا يحتاج الوكيل الى رد وخصومة قال (وكذلك ان رده عليه بعيب يحدث مثله ببينة أو باباء يمين) لان البينة حجة مطلقة والوكيل مضطر فى النكول لبعد العيب عن علمه باعتبار عدم ممارسته المبيع فلزم الآمر قال (فان كان ذلك باقراره لزم المأمور) لان الاقرار حجة قاصرة وهو غير مضطر اليه لامكانه السكوت والنكول الا أن له أن يخاصم الموكل فيلزمه ببينة أو بنكوله بخلاف ما اذا كان الرد بغير قضاء والعيب يحدث مثله حيث لايكون له أن يخاصم بائعه لانه بيع جديد فى حق ثالث والبائع ثالثهما والرد بالقضاء فسخ لعموم ولاية القاضى غير أن الحجة قاصرة وهى الاقرار فمن حيث الفسخ كان له أن يخاصمه ومن حيث القصور فى الحجة لايلزم الموكل الا بحجة ولو كان العيب لايحدث مثله والرد بغير قضاء باقراره

يلزم الموكل من غير خصومة في رواية لان الرد متعين وفي عامة الروايات ليس له أن يخاصمه لما ذكرنا والحق في وصف السلامة ثم ينتقل الى الرد ثم الى الرجوع بالنقصان فلم يتعين الرد وقد بيناه في الكفاية باطول من هذا قال (ومن قال لآخر امرتك ببيع عبدي بنقد فبعته بنسيئة وقال المأمور امرتني ببيعه ولم تقل شيأ فالقول قول الآمر) لان الامر يستفاد من جهته ولا دلالة على الاطلاق قال (وان اختلف في ذلك المضارب ورب المال فالقول قول المضارب) لان الاصل في المضاربة العموم الاترى أنه يملك التصرف بذكر لفظة المضاربة فقامت دلالة الاطلاق بخلاف ما اذا ادعى رب المال المضاربة في نوع والمضارب في نوع آخر حيث يكون القول لرب المال لانه سقط الاطلاق فيه بتصادقهما فنزل الى الوكالة المحضة ثم مطلق الامر بالبيع ينتظمه نقدا ونسيئة الى أي أجل كان عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما يتقيد باجل متعارف والوجه قد تقدم قال (ومن أمر رجلا ببيع عبده فباعه وأخذ بالثمن رهنا فضاع في يده أو أخذ به كفيلا فتوى المال عليه فلا ضمان عليه) لان الوكيل أصيل في الحقوق وقبض الثمن منها والكفالة توثق به والارتهان وثيقة لجانب الاستيفاء فيملكهما بخلاف الوكيل بقبض الدين لانه يفعل نيابة وقد أنابه في قبض الدين دون الكفالة وأخذ الرهن والوكيل بالبيع يقبض اصالة ولهذا لا يملك الموكل حجره عنه

(فصل) (واذا وكل وكيلين فليس لاحدهما أن يتصرف فيما وكلا به دون الآخر) وهذا في تصرف يحتاج فيه الى الرأى كالبيع والخلع وغير ذلك لان الموكل رضى برأيهما الا برأى أحدهما والبدل وان كان مقدرا ولكن التقدير لا يمنع استعمال الرأى في الزيادة واختيار المشترى قال (الا أن يوكلهما بالخصومة) لان الاجتماع فيها متعذر للافضاء الى الشغب في مجلس القضاء والرأى يحتاج اليه سابقا بالتقويم الخصومة قال (أو بطلاق زوجته بغير عوض أو بعتق عبده بغير عوض أو برد وديعة عنده أو قضاء دين عليه) لان هذه الاشياء لا يحتاج فيها الى الرأى بل هو تعبير محض وعبارة المثنى والواحد سواء وهذا بخلاف ما اذا قال لهما طلقاها ان شئتما أو قال أمرها بايديكما لانه تفويض الى رأيهما الاترى انه تمليك مقتصر على المجلس ولانه علق الطلاق بفعلهما فاعتبره بدخولهما قال (وليس للوكيل ان يوكل فيما وكل به) لانه فوض اليه التصرف دون التوكيل به وهذا لانه رضى برأيه والناس متفاوتون في الآراء قال (الا ان يأذن له الموكل) لوجود الرضا (أو يقول له اعمل برأيك) لاطلاق التفويض الى رأيه واذا جاز في هذا الوجه يكون الثاني وكيلا عن الموكل حتى لا يملك الاول عزله ولا ينعزل بموته وينعزلان بموت الاول وقدمر نظيره في أدب القاضي قال (فان وكل بغير اذن موكله فعقد وكيله بحضرته

جاز) لان المقصود حضور رأى الاول وقد حضر وتكلموا فى حقوقه (وان عقد فى حال غيبته لم يجز) لانه فات رأيه (الا ان يبلغه فيجيزه) وكذا لو باع غير الوكيل فبلغه فاجازه لانه حضر رأيه (ولو قدر الاول الثمن للثانى فعقد بغيبته يجوز) لان الرأى يحتاج اليه فيه لتقدير الثمن ظاهرا وقد حصل وهذا بخلاف ما اذا وكل وكيلين وقدر الثمن لانه لما فوض اليهما مع تقدير الثمن ظهر ان غرضه اجتماع رأيهما فى الزيادة واختيار المشترى على ما بيناه اما اذا لم يقدر الثمن وفوض الى الاول كان غرضه رأيه فى معظم الامر وهو التقدير فى الثمن قال (واذا زوج المكاتب او العبد أو الذمى ابنته وهى صغيرة حرة مسلمة أو باع أو اشترى لها لم يجز) معناه التصرف فى مالها لان الرق والكفر يقطعان الولاية الا يرى ان المرقوق لا يملك انكاح نفسه فكيف يملك انكاح غيره وكذا الكافر لا ولاية له على المسلم حتى لا تقبل شهادته عليه ولان هذه ولاية نظرية فلا بد من التفويض الى القادر المشفق ليتحقق معنى النظر والرق يزيل القدرة والكفر يقطع الشفقه على المسلم فلا تفوض اليهما (قال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله المرتد اذا قتل على ردته والحربى كذلك) لان الحربى أبعد من الذمى فاولى بسلب الولاية واما المرتد فتصرفه فى ماله وان كان نافذا عندهما لكنه موقوف على ولده ومال ولده بالاجماع لانها ولاية نظرية وذلك باتفاق الملة وهى مترددة ثم تستقر جهة الانقطاع اذا قتل على الردة فيبطل وبالاسلام يجعل كانه لم يزل مسلما فيصح

(باب الوكالة بالخصومة والقبض)

قال (الوكيل بالخصومة وكيل بالقبض) عندنا خلافا لزفر رحمه الله هو يقول انه رضى بخصومته والقبض غير الخصومة ولم يرض به ولنا ان من ملك شيأ ملك اتمامه واتمام الخصومة وانتهاؤها بالقبض والفتوى اليوم على قول زفر رحمه الله لظهور الخيانة فى الوكلاء وقد يؤتمن على الخصومة من لا يؤتمن على المال ونظيره الوكيل بالتقاضى يملك القبض على أصل الرواية لانه فى معناه وضعا الا ان العرف بخلافه وهو قاض على الوضع والفتوى على ان لا يملك قال (فان كانا وكيلين بالخصومة لا يقبضان الا معا) لانه رضى بامانتهما لا بامانة أحدهما واجتماعهما ممكن بخلاف الخصومة على ما مر قال (والوكيل بقبض الدين يكون وكيلا بالخصومة عند أبى حنيفة رحمه الله) حتى لو أقيمت عليه البينة على استيفاء الموكل أو ابرائه تقبل عنده وقالا لا يكون خصما وهو رواية الحسن عن أبى حنيفة رحمه الله لان القبض غير الخصومة وليس كل من يؤتمن على المال يهتدى فى الخصومات فلم يكن الرضا بالقبض رضا بها ولابى حنيفة انه وكله بالتملك لان الديون تقضى بامثالها اذا قبض الدين نفسه لا يتصور الا انه جعل استيفاء لعين

حقه من وجه فاشبه الوكيل بأخذ الشفعة والرجوع فى الهبة والوكيل بالشراء والقسمة والرد بالعيب وهذه أشبه باخذ الشفعة حتى يكون خصما قبل القبض كما يكون خصما قبل الاخذ هنالك والوكيل بالشراء لايكون خصما قبل مباشرة الشراء وهذا لان المبادلة تقتضى حقوقا وهو أصيل فيها فيكون خصما فيها قال (والوكيل بقبض العين لايكون وكيلا بالخصومة بالاتفاق) لانه أمين محض والقبض ليس بمبادلة فاشبه الرسول (حتى ان من وكل وكيلا بقبض عبد له فأقام الذى هو فى يديه البينة على أن الموكل باعه اياه وقف الامر حتى يحضر الغائب) وهذا استحسان والقياس أن يدفع الى الوكيل لان البينة قامت لاعلى خصم فلم تعتبر وجه الاستحسان انه خصم فى قصر يده لقيامه مقام الموكل فى القبض فتقتصر يده وان لم يثبت البيع حتى لو حضر الغائب تعاد البينة على البيع فصار كما اذا أقام البينة على أن الموكل عزله عن ذلك فانها تقبل فى قصر يده كذا هذا قال (وكذلك العتاق والطلاق وغير ذلك) ومعناه اذا أقامت المرأة البينة على الطلاق والعبد والامة على العتاق على الوكيل بنقلهم تقبل فى قصر يده حتى يحضر الغائب استحسانا دون العتق والطلاق قال (واذا أقر الوكيل بالخصومة على موكله عند القاضى جاز اقراره عليه ولايجوز عند غير القاضى) عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله استحسانا الا أنه يخرج عن الوكالة وقال أبو يوسف رحمه الله يجوز اقراره عليه وان أقر فى غير مجلس القضاء وقال زفر والشافعى رحمهما الله لايجوز فى الوجهين وهو قول أبى يوسف أولا وهو القياس لانه مأمور بالخصومة وهى منازعة والاقرار يضاده لانه مسالمة والامر بالشئ لايتناول ضده ولهذا لايملك الصلح والابراء ويصح اذا استثنى الاقرار وكذا لو وكله بالجواب مطلقا يتقيد بجواب هو خصومة لجريان العادة بذلك ولهذا يختار فيها الاهدى فالاهدى وجه الاستحسان أن التوكيل صحيح قطعا وصحته بتناوله مايملكه قطعا وذلك مطلق الجواب دون أحدهما عينا وطريق المجاز موجود على مانبينه ان شاء الله تعالى فيصرف اليه تحريا للصحة قطعا ولو استثنى الاقرار فعن أبى يوسف رحمه الله أنه لايصح لانه لايملكه وعن محمد رحمه الله أنه يصح لان للتنصيص زيادة دلالة على ملكه اياه وعند الاطلاق يحمل على الاولى وعنه انه فصل بين الطالب والمطلوب ولم يصححه فى الثانى لكونه مجبورا عليه ويخير الطالب فيه فبعد ذلك يقول أبو يوسف رحمه الله ان الوكيل قائم مقام الموكل واقراره لايختص بمجلس القضاء فكذا اقرار نائبه وهما يقولان ان التوكيل يتناول جوابا يسمى خصومة حقيقة أو مجازا والاقرار فى مجلس القضاء خصومة مجازا اما لانه خرج فى مقابلة الخصومة أولانه سبب له لان الظاهر اتيانه بالمستحق عند طلب

المستحق وهو الجواب فى مجلس القضاء فيختص به لكن اذا اقيمت البينة على اقراره فى غير مجلس القضاء يخرج من الوكالة حتى لا يؤمر بدفع المال اليه لانه صار مناقضا وصار كالاب او الوصى اذا اقر فى مجلس القضاء لا يصح ولا يدفع المال اليهما قال (ومن كفل بمال عن رجل فوكله صاحب المال بقبضه عن الغريم لم يكن وكيلا فى ذلك ابدا) لان الوكيل من يعمل لغيره ولو صححناها صار عاملا لنفسه فى ابراء ذمته فانعدم الركن ولان قبول قوله ملازم للوكالة لكونه امينا ولو صححناها لا يقبل لكونه مبرئا نفسه فينعدم بانعدام لازمه وهو نظير عبد مأذون مديون اعتقه مولاه حتى ضمن قيمته للغرماء ويطالب العبد بجميع الدين فلو وكله الطالب بقبض المال عن العبد كان باطلا لما بيناه قال (ومن ادعى انه وكيل الغائب فى قبض دينه فصدقه الغريم امر بتسليم الدين اليه) لانه اقرار على نفسه لان ما يقبضه خالص ماله (فان حضر الغائب فصدقه والا دفع اليه الغريم الدين ثانيا) لانه لم يثبت الاستيفاء حيث انكر الوكالة والقول فى ذلك قوله مع يمينه فيفسد الاداء (ويرجع به على الوكيل ان كان باقيا فى يده) لان غرضه من الدفع براءة ذمته ولم تحصل فله ان ينقض قبضه (وان كان ضاع فى يده لم يرجع عليه) لانه بتصديقه اعترف انه محق فى القبض وهو مظلوم فى هذا الاخذ والمظلوم لا يظلم غيره قال (الا ان يكون ضمنه عند الدفع) لان المأخوذ ثانيا مضمون وعليه فى زعمهما وهذه كفالة اضيفت الى حالة القبض فتصح بمنزلة الكفالة بما ذاب له على فلان ولو كان الغريم لم يصدقه على الوكالة ودفعه اليه على ادعائه فان رجع صاحب المال على الغريم رجع الغريم على الوكيل لانه لم يصدقه على الوكالة وانما دفعه اليه على رجاء الاجازة فاذا انقطع رجاؤه رجع عليه وكذا اذا دفعه اليه على تكذيبه اياه فى الوكالة وهذا اظهر لما قلنا وفى الوجوه كلها ليس له ان يسترد المدفوع حتى يحضر الغائب لان المؤدى صار حقا للغائب اما ظاهرا او محتملا فصار كما اذا دفعه الى فضولى على رجاء الاجازة لم يملك الاسترداد لاحتمال الاجازة ولان من باشر التصرف لغرض ليس له ان ينقضه ما لم يقع اليأس عن غرضه (ومن قال انى وكيل بقبض الوديعة فصدقه المودع لم يؤمر بالتسليم اليه) لانه اقر له بمال الغير بخلاف الدين ومن ادعى انه مات ابوه وترك الوديعة ميراثا له ولا وارث له غيره وصدقه المودع امر بالدفع اليه لانه لا يبقى ماله بعد موته فقد اتفقا على انه مال الوارث ولو ادعى انه اشترى الوديعة من صاحبها فصدقه المودع لم يؤمر بالدفع اليه لانه ما دام حيا كان اقرارا بملك الغير لانه من اهله فلا يصدقان فى دعوى البيع عليه قال (فان وكل وكيلا بقبض ماله فادعى الغريم ان صاحب المال قد استوفاه فانه يدفع المال اليه) لان الوكالة قد ثبتت بالتصادق والاستيفاء لم يثبت بمجرد دعواه فلا يؤخر الحق قال (ويتبع رب المال

فيستحلفه) رعاية لجانبه ولا يستحلف الوكيل لانه نائب قال (وان وكله بعيب في جارية فادعى البائع رضا المشتري لم يرد عليه حتى يحلف المشتري بخلاف مسئلة الدين) لان التدارك ممكن هنالك باسترداد ما قبضه الوكيل اذا ظهر الخطأ عند نكوله وههنا غير ممكن لان القضاء بالفسخ ماض على الصحة وان ظهر الخطأ عند ابي حنيفة رحمه الله كما هو مذهبه ولا يستحلف المشتري عنده بعد ذلك لانه لا يفيد واما عندهما قالوا يجب ان يتحد الجواب على هذا في الفصلين ولا يؤخر لان التدارك ممكن عندهما لبطلان القضاء وقيل الاصح عند ابي يوسف رحمه الله أن يؤخر في الفصلين لانه يعتبر النظر حتى يستحلف المشتري لو كان حاضرا من غير دعوى البائع فينتظر للنظر قال (ومن دفع الى رجل عشرة دراهم لينفقها على أهله فانفق عليهم عشرة من عنده فالعشرة بالعشرة) لان الوكيل بالانفاق وكيل بالشراء والحكم فيه ما ذكرناه وقد قررناه فهذا كذلك وقيل هذا استحسان وفي القياس ليس له ذلك ويصير متبرعا وقيل القياس والاستحسان في قضاء الدين لانه ليس بشراء واما الانفاق يتضمن الشراء فلا يدخلانه والله أعلم

﴿باب عزل الوكيل﴾

قال (وللموكل أن يعزل الوكيل عن الوكالة) لان الوكالة حقه فله أن يبطله الا اذا تعلق به حق الغير بان كان وكيلا بالخصومة بطلب من جهة الطالب لما فيه من ابطال حق الغير وصار كالوكالة التي تضمنها عقد الرهن قال (فان لم يبلغه العزل فهو على وكالته وتصرفه جائز حتى يعلم) لان في العزل اضرارا به من حيث ابطال ولايته أو من حيث رجوع الحقوق اليه فينقد من مال الموكل ويسلم المبيع فيضمنه فيتضرر به ويستوي الوكيل بالنكاح وغيره للوجه الاول وقد ذكرنا اشتراط العدد أو العدالة في المخبر فلا نعيده قال (وتبطل الوكالة بموت الموكل وجنونه جنونا مطبقا ولحاقه بدار الحرب مرتدا) لان التوكيل تصرف غير لازم فيكون لدوامه حكم ابتدائه فلا بد من قيام الامر وقد بطل بهذه العوارض وشرط أن يكون الجنون مطبقا لان قليله بمنزلة الاغماء وحد المطبق شهر عند أبي يوسف رحمه الله اعتبارا بما يسقط به الصوم وعنه أكثر من يوم وليلة لانه تسقط به الصلوات الخمس فصار كالميت وقال محمد رحمه الله حول كامل لانه يسقط به جميع العبادات فقدر به احتياطا قالوا الحكم المذكور في اللحاق قول أبي حنيفة رحمه الله لان تصرفات المرتد موقوفة عنده فكذا وكالته فان أسلم نفذوان قتل أو لحق بدار الحرب بطلت الوكالة فاما عندهما تصرفاته نافذة فلا تبطل وكالته الا أن يموت أو يقتل على ردته او يحكم بلحاقه وقد مر في السير وان كان الموكل امرأة فارتدت فالوكيل على وكالته حتى تموت

أو يلحق بدار الحرب لأن ردته لا تؤثر في عقودها على ما عرف قال (وإذا وكل المكاتب ثم عجز أو المأذون له ثم حجر عليه أو الشريكان فافترقا فهذه الوجوه تبطل الوكالة على الوكيل علم أو لم يعلم) لما ذكرنا أن بقاء الوكالة يعتمد قيام الأمر وقد بطل بالحجر والعجز والافتراق ولا فرق بين العلم وعدمه لأن هذا عزل حكمي فلا يتوقف على العلم كالوكيل بالبيع إذا باعه الموكل قال (وإذا مات الوكيل أو جن جنونا مطبقا بطلت الوكالة) لأنه لا يصح أمره بعد جنونه وموته (وإن لحق بدار الحرب مرتدا لم يجز له التصرف إلا أن يعود مسلما) قال رضي الله عنه وهذا عند محمد رحمه الله فأما عند أبي يوسف رحمه الله لا تعود الوكالة لمحمد رحمه الله أن الوكالة إطلاق لأنه رفع المانع أما الوكيل يتصرف بمعان قائمة به وإنما عجز بعارض اللحاق لتباين الدارين فإذا زال العجز والإطلاق باق عاد وكيلا ولأبي يوسف رحمه الله أنه إثبات ولاية التنفيذ لأن ولاية أصل التصرف بأهليته وولاية التنفيذ بالملك وباللحاق لحق بالأموات وبطلت الولاية فلا تعود كملكه في أم الولد والمدبر ولو عاد الموكل مسلما وقد لحق بدار الحرب مرتدا لا تعود الوكالة في الظاهر وعن محمد رحمه الله أنها تعود كما قال في الوكيل والفرق له على الظاهر أن مبنى الوكالة في حق الموكل على الملك وقد زال وفي حق الوكيل على معنى قائم به ولم يزل باللحاق قال (ومن وكل آخر بشيء ثم تصرف بنفسه فيما وكل به بطلت الوكالة) وهذا اللفظ ينتظم وجوها مثل أن يوكله بإعتاق عبده أو بكتابته فأعتقه أو كاتبه الموكل بنفسه أو يوكله بتزويج امرأة أو بشراء شيء ففعله بنفسه أو يوكله بطلاق امرأته فطلقها الزوج ثلاثا أو واحدة وانقضت عدتها أو بالخلع فخالعها بنفسه لأنه لما تصرف بنفسه تعذر على الوكيل التصرف فبطلت الوكالة حتى لو تزوجها بنفسه وأبانها لم يكن للوكيل أن يزوجها منه لأن الحاجة قد انقضت بخلاف ما إذا تزوجها الوكيل وأبانها له أن يزوج الموكل لبقاء الحاجة وكذا لو وكله ببيع عبده فباعه بنفسه فلو رد عليه بعيب بقضاء القاضي فعن أبي يوسف رحمه الله أنه ليس للوكيل أن يبيعه مرة أخرى لأن بيعه بنفسه منع له من التصرف فصار كالعزل وقال محمد رحمه الله له أن يبيعه مرة أخرى لأن الوكالة باقية لأنه إطلاق والعجز قد زال بخلاف ما إذا وكله بالهبة فوهب بنفسه ثم رجع لم يكن للوكيل أن يهب ثانيا لأنه مختار في الرجوع فكان ذلك دليل عدم الحاجة أما الرد بقضاء بغير اختياره فلم يكن دليل زوال الحاجة فإذا عاد إليه قديم ملكه كان له أن يبيعه والله أعلم

﴿كتاب الدعوى﴾

قال (المدعي من لا يجبر على الخصومة إذا تركها والمدعى عليه من يجبر على الخصومة) ومعرفة

الفرق بينهما من أهم ما يبتنى عليه مسائل الدعوى وقد اختلفت عبارات المشايخ فيها فمنها ما قال فى الكتاب وهو حد عام صحيح وقيل المدعى من لا يستحق الا بحجة كالخارج والمدعى عليه من يكون مستحقا بقوله من غير حجة كذى اليد وقيل المدعى من يتمسك بغير الظاهر والمدعى عليه من يتمسك بالظاهر وقال محمد رحمه الله فى الاصل المدعى عليه هو المنكر وهذا صحيح لكن الشان فى معرفته والترجيح بالفقه عند الحذاق من أصحابنا رحمهم الله لان الاعتبار للمعانى دون الصور فان المودع اذا قال رددت الوديعة فالقول قوله مع اليمين وان كان مدعيا للرد صورة لانه ينكر الضمان معنى قال (ولا تقبل الدعوى حتى يذكر شيأ معلوما فى جنسه وقدره) لان فائدة الدعوى الالزام بواسطة اقامة الحجة والالزام فى المجهول لا يتحقق (فان كان عينا فى يد المدعى عليه كلف احضارها ليشير اليها بالدعوى) وكذا الشهادة والاستحلاف لان الاعلام باقصى ما يمكن شرط وذلك بالاشارة فى المنقول لان النقل ممكن والاشارة أبلغ فى التعريف ويتعلق بالدعوى وجوب الحضور وعلى هذا القضاة من آخرهم فى كل عصر ووجوب الجواب اذا حضر ليفيد حضوره ولزوم احضار العين المدعاة لما قلنا واليمين اذا أنكره وسنذكره ان شاء الله تعالى قال (وان لم تكن حاضرة ذكر قيمتها ليصير المدعى معلوما) لان العين لا تعرف بالوصف والقيمة تعرف به وقد تعذر مشاهدة العين وقال الفقيه أبو الليث يشترط مع بيان القيمة ذكر الذكورة والانوثة قال (وان ادعى عقارا حدده وذكر أنه فى يد المدعى عليه وانه يطالبه به) لانه تعذر التعريف بالاشارة لتعذر النقل فيصار الى التحديد فان العقار يعرف به ويذكر الحدود الاربعة ويذكر أسماء أصحاب الحدود وأنسابهم ولا بد من ذكر الجد لان تمام التعريف به عند أبى حنيفة رحمه الله على ما عرف هو الصحيح ولو كان الرجل مشهورا يكتفى بذكره فان ذكر ثلاثة من الحدود يكتفى بها عندنا خلافا لزفر رحمه الله لوجود الاكثر بخلاف ما اذا غلط فى الرابعة لانه يختلف به المدعى ولا كذلك بتركها وكما يشترط التحديد فى الدعوى يشترط فى الشهادة وقوله فى الكتاب وذكر أنه فى يد المدعى عليه لا بد منه لانه انما ينتصب خصما اذا كان فى يده وفى العقار لا يكتفى بذكر المدعى وتصديق المدعى عليه أنه فى يده بل لا تثبت اليد فيه الا بالبينة أو علم القاضى هو الصحيح نفيا لتهمة المواضعة اذ العقار عساه فى يد غيرهما بخلاف المنقول لان اليد فيه مشاهدة وقوله وانه يطالبه به لان المطالبة حقه فلا بد من طلبه ولانه يحتمل أن يكون مرهونا فى يده أو محبوسا بالثمن فى يده وبالمطالبة يزول هذا الاحتمال وعن هذا قالوا فى المنقول يجب أن يقول فى يده بغير حق قال (وان كان حقا فى الذمة ذكر أنه يطالبه به) لما قلنا وهذا لان صاحب الذمة قد حضر فلم يبق الا المطالبة لكن لا بد

من تعريفه بالوصف لانه يعرف به قال (واذا صحت الدعوى سأل القاضي المدعى عليه عنها) لينكشف له وجه الحكم (فان اعترف قضى عليه بها) لان الاقرار موجب بنفسه فيأمره بالخروج عنه (وان أنكر سأل المدعي البينة) لقوله عليه السلام ألك بينة فقال لا فقال لك يمينه سأل ورتب اليمين على فقد البينة فلا بد من السؤال ليمكنه الاستحلاف قال (فان أحضرها قضى بها) لانتفاء التهمة عنها (وان عجز عن ذلك وطلب يمين خصمه استحلفه عليها) لما روينا ولا بد من طلبه لان اليمين حقه الاترى انه كيف أضيف اليه بحرف اللام فلا بد من طلبه

(باب اليمين)

(واذا قال المدعي لي بينة حاضرة وطلب اليمين لم يستحلف) عند أبي حنيفة رحمه الله معناه حاضرة في المصر وقال أبو يوسف رحمه الله يستحلف لان اليمين حقه بالحديث المعروف فاذا طالبه به يجيبه ولابي حنيفة رحمه الله ان ثبوت الحق في اليمين مرتب على العجز عن اقامة البينة لما روينا فلا يكون حقه دونه كما اذا كانت البينة حاضرة في المجلس ومحمد مع أبي يوسف رحمهما الله فيما ذكره الخصاف ومع أبي حنيفة فيما ذكر الطحاوي رحمه الله قال (ولا ترد اليمين على المدعي) لقوله عليه السلام البينة على المدعي واليمين على من أنكر قسم والقسمة تنافي الشركة وجعل جنس الايمان على المنكرين وليس وراء الجنس شيء وفيه خلاف الشافعي رحمه الله قال (ولا تقبل بينة صاحب اليد في الملك المطلق وبينة الخارج أولى) وقال الشافعي رحمه الله يقضى ببينة ذي اليد لاعتضادها باليد فيتقوى الظهور وصار كالنتاج والنكاح ودعوى الملك مع الاعتاق والاستيلاد والتدبير ولنا ان بينة الخارج أكثر اثباتا أو اظهارا لان قدر ما اثبته اليد لا يثبته بينة ذي اليد اذ اليد دليل مطلق الملك بخلاف النتاج لان اليد لا تدل عليه وكذا على الاعتاق واختيه وعلى الولاء الثابت بها قال (واذا نكل المدعى عليه عن اليمين قضى عليه بالنكول والزمه ما ادعى عليه) وقال الشافعي رحمه الله لا يقضى به بل يرد اليمين على المدعي فاذا حلف يقضى به لان النكول يحتمل التورع عن اليمين الكاذبة والترفع عن الصادقة واشتباه الحال فلا ينتصب حجة مع الاحتمال ويمين المدعي دليل الظهور فيصار اليه ولنا ان النكول دل على كونه باذلا أو مقرا اذ لولا ذلك لاقدم على اليمين اقامة للواجب ودفعا للضرر عن نفسه فترجح هذا الجانب ولا وجه لرد اليمين على المدعي لما قدمناه قال (وينبغي للقاضي ان يقول له اني أعرض عليك اليمين ثلاثا فان حلفت والا قضيت عليك بما ادعاه وهذا الانذار لاعلامه بالحكم اذ هو موضع الخفاء قال (فاذا كرر العرض عليه ثلاث مرات قضى عليه بالنكول) وهذا التكرار ذكره الخصاف لزيادة الاحتياط والمبالغة في ابلاء العذر فاما المذهب

انه

أنه لو قضى بالنكول بعد العرض مرة جاز لما قدمناه هو الصحيح والاول أولى ثم النكول قد يكون حقيقيا كقوله لا أحلف وقد يكون حكميا بان يسكت وحكمه حكم الاول اذا علم أنه لا آفة به من طرش أو خرس هو الصحيح قال (وان كانت الدعوى نكاحا لم يستحلف المنكر) عند أبى حنيفة رحمه الله ولا يستحلف عنده فى النكاح والرجعة والفىء فى الايلاء والرق والاستيلاد والنسب والولاء والحدود واللعان وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله يستحلف فى ذلك كله الا فى الحدود واللعان وصورة الاستيلاد ان تقول الجارية أنا أم ولد لمولاى وهذا ابنى منه وأنكر المولى لانه لو ادعى المولى ثبت الاستيلاد باقراره ولا يلتفت الى انكارها لهما ان النكول اقرار لانه يدل على كونه كاذبا فى الانكار على ماقدمناه اذ لولا ذلك لاقدم على اليمين الصادقة اقامة للواجب فكان اقرارا أو بدلا عنه والاقرار يجرى فى هذه الاشياء لكنه اقرار فيه شبهة والحدود تندرئ بالشبهات واللعان فى معنى الحد ولابى حنيفة رحمه الله انه بذل لان معه لاتبقى اليمين واجبة لحصول المقصود وانزاله باذلا أولى كيلا يصير كاذبا فى الانكار والبذل لايجرى فى هذه الاشياء وفائدة الاستحلاف القضاء بالنكول فلا يستحلف الا ان هذا بذل لدفع الخصومة فيملكه المكاتب والعبد المأذون بمنزلة الضيافة اليسيرة وصحته فى الدين بناء على زعم المدعى وهو مايقبضه حقا لنفسه والبذل معناه ههنا ترك المنع وأمر المال هين قال (ويستحلف السارق فان نكل ضمن ولم يقطع) لان المنوط بفعله شيآن الضمان ويعمل فيه النكول والقطع ولا يثبت به فصار كما اذا شهد عليه رجل وامرأتان قال (واذا ادعت المرأة طلاقا قبل الدخول استحلف الزوج فان نكل ضمن نصف المهر فى قولهم جميعا) لان الاستحلاف يجرى فى الطلاق عندهم لاسيما اذا كان المقصود هو المال وكذا فى النكاح اذا ادعت هى الصداق لان ذلك دعوى المال ثم يثبت المال بنكوله ولا يثبت النكاح وكذا فى النسب اذا ادعى حقا كالارث والحجر فى اللقيط والنفقة وامتناع الرجوع فى الهبة لان المقصود هذه الحقوق وانما يستحلف فى النسب المجرد عندهما اذا كان يثبت باقراره كالاب والابن فى حق الرجل والاب فى حق المرأة لان فى دعواها الابن تحميل النسب على الغير والمولى والزوج فى حقهما قال (ومن ادعى قصاصا على غيره فجحده استحلف) بالاجماع (ثم ان نكل عن اليمين فيما دون النفس يلزمه القصاص وان نكل فى النفس حبس حتى يحلف أو يقر) وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله وقالا لزمه الارش فيهما لان النكول اقرار فيه شبهة عندهما فلا يثبت به القصاص ويجب به المال خصوصا اذا كان امتناع القصاص لمعنى من جهة من عليه كما اذا أقر بالخطإ والولى يدعى العمد ولابى حنيفة رحمه الله ان الاطراف يسلك بها مسلك الاموال فيجرى فيها البذل بخلاف الانفس فانه لو قال اقطع يدى فقطعها لايجب الضمان وهذا اعمال للبذل الا

انه لا يباح لعدم الفائدة وهذا البدل مفيد لاندفاع الخصومة به فصار كقطع اليد للاكلة وقلع السن للوجع فاذا امتنع القصاص فى النفس واليمين حق مستحق يحبس به كما فى القسامة قال (واذا قال المدعى لى بينة حاضرة قيل لخصمه أعطه كفيلا بنفسك ثلاثة أيام) كيلا يغيب نفسه فيضيع حقه والكفالة جائزة بالنفس عندنا وقدمر من قبل وأخذ الكفيل بمجرد الدعوى استحسان عندنا لان فيه نظرا للمدعى وليس فيه كثير ضرر بالمدعى عليه وهذا لان الحضور مستحق عليه بمجرد الدعوى حتى يعدى عليه ويحال بينه وبين اشغاله فصح التكفيل باحضار والتقدير بثلاثة أيام مروى عن أبى حنيفة رحمه الله وهو الصحيح ولا فرق فى الظاهر بين الخامل والوجيه والحقير من المال والخطير ثم لابد من قوله لى بينة حاضرة للتكفيل ومعناه فى المصر حتى لو قال المدعى لا بينة لى أو شهودى غيب لا يكفل لعدم الفائدة قال (فان فعل والا أمر بملازمته) كيلا يذهب حقه (الا ان يكون غريبا فيلازم مقدار مجلس القاضى) وكذا لا يكفل الا الى آخر المجلس فالاستثناء منصرف اليهما الان فى أخذ الكفيل والملازمة زيادة على ذلك اضرارا به بمنعه عن السفر ولا ضرر فى هذا المقدار ظاهرا وكيفية الملازمة نذكرها فى كتاب الحجر ان شاء الله تعالى

(فصل فى كيفية اليمين والاستحلاف) قال (واليمين بالله دون غيره) لقوله عليه السلام من كان منكم حالفا فليحلف بالله أوليذر وقال عليه السلام من حلف بغير الله فقد أشرك (وقد تؤكد بذكر أوصافه) وهو التغليظ وذلك مثل قوله قل والله الذى لا اله الا هو عالم الغيب والشهادة الرحمن الرحيم الذى يعلم من السر والخفاء ما يعلم من العلانية مالفلان هذا عليك ولا قبلك هذا المال الذى ادعاه وهو كذا وكذا ولا شئ منه وله ان يزيد فى التغليظ على هذا وله ان ينقص منه الا انه يحتاط فيه كيلا يتكرر عليه اليمين لان المستحق يمين واحدة والقاضى بالخيار ان شاء غلظ وان شاء لم يغلظ فيقول قل بالله أو والله وقيل لا يغلظ على المعروف بالصلاح ويغلظ على غيره وقيل يغلظ فى الخطير من المال دون الحقير قال (ولا يستحلف بالطلاق ولا بالعتاق) لما روينا وقيل فى زماننا اذا ألح الخصم ساغ للقاضى ان يحلف بذلك لقلة المبالاة باليمين بالله وكثرة الامتناع بسبب الحلف بالطلاق قال (ويستحلف اليهودى بالله الذى أنزل التوراة على موسى عليه السلام والنصرانى بالله الذى أنزل الانجيل على عيسى عليه السلام) لقوله صلى الله عليه وسلم لابن صوريا الاعور انشدك بالله الذى أنزل التوراة على موسى ان حكم الزنا فى كتابكم هذا ولان اليهودى يعتقد نبوة موسى والنصرانى نبوة عيسى عليهما السلام فيغلظ على كل واحد منهما بذكر المنزل على نبيه (و) يستحلف (المجوسى بالله الذى خلق النار) وهكذا ذكر محمد فى

الاصل

الاصل و يروى عن أبي حنيفة فى النوادر انه لا يستحلف أحد الا بالله خالصا وذكر الخصاف رحمه الله انه لا يستحلف غير اليهودى والنصرانى الا بالله وهو اختيار بعض مشايخنا رحمهم الله لان فى ذكر النار مع اسم الله تعالى تعظيمها وما ينبغى ان تعظم بخلاف الكتابين لان كتب الله معظمة (والوثنى لا يحلف الا بالله) لان الكفرة باسرهم يعتقدون الله تعالى قال الله تعالى ولئن سألتهم من خلق السموات والارض ليقولن الله قال (ولا يحلفون فى بيوت عبادتهم) لان القاضى لا يحضرها بل هو ممنوع عن ذلك قال (ولا يجب تغليظ اليمين على المسلم بزمان ولا مكان) لان المقصود تعظيم المقسم به وهو حاصل بدون ذلك وفى ايجاب ذلك حرج على القاضى حيث يكلف حضورها وهو مدفوع قال (ومن ادعى انه ابتاع من هذا عبده بالف فجحد استحلف بالله ما بينكما بيع قائم فيه ولا يستحلف بالله ما بعت) لانه قد يباع العين ثم يقال فيه (ويستحلف فى الغصب بالله ما يستحق عليك رده ولا يحلف بالله ما غصبت) لانه قد يغصب ثم يفسخ فى الهبة والبيع (وفى النكاح بالله ما بينكما نكاح قائم فى الحال) لانه قد يطرأ عليه الخلع (وفى دعوى الطلاق بالله ما هى بائن منك الساعة بما ذكرت ولا يستحلف بالله ما طلقها) لان النكاح قد يجدد بعد الابانة فيحلف على الحاصل فى هذه الوجوه لانه لو حلف على السبب يتضرر المدعى عليه وهذا قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله اما على قول أبي يوسف رحمه الله يحلف فى جميع ذلك على السبب الا اذا عرض المدعى عليه بما ذكرنا فحينئذ يحلف على الحاصل وقيل ينظر الى انكار المدعى عليه ان أنكر السبب يحلف عليه وان أنكر الحكم يحلف على الحاصل فالحاصل هو الاصل عندهما اذا كان سببا يرتفع برافع الا اذا كان فيه ترك النظر فى جانب المدعى فحينئذ يحلف على السبب بالاجماع وذلك مثل ان تدعى مبتوتة نفقة العدة والزوج ممن لا يراها أو ادعى شفعة بالجوار والمشترى لا يراها لانه لو حلف على الحاصل يصدق فى يمينه فى معتقده فيفوت النظر فى حق المدعى وان كان سببا لا يرتفع برافع فالتحليف على السبب بالاجماع (كالعبد المسلم اذا ادعى العتق على مولاه بخلاف الامة والعبد الكافر) لانه يكرر الرق عليها بالردة واللحاق وعليه بنقض العهد واللحاق ولا يكرر على العبد المسلم قال (ومن ورث عبدا وادعاه آخر يستحلف على علمه) لانه لا علم له بما صنع المورث فلا يحلف على البتات (وان وهب له أو اشتراه يحلف على البتات) لوجود المطلق لليمين اذ الشراء سبب لثبوت الملك وضعا وكذا الهبة قال (ومن ادعى على آخر مالا فافتدى يمينه أو صالحه منها على عشرة دراهم فهو جائز) وهو مأثور عن عثمان رضى الله تعالى عنه (وليس له أن يستحلفه على تلك اليمين أبدا لانه أسقط حقه) والله أعلم

﴿باب التحالف﴾

قال (واذا اختلف المتبايعان في البيع فادعى أحدهما ثمنا وادعى البائع أكثر منه أو اعترف البائع بقدر من المبيع وادعى المشتري أكثر منه وأقام أحدهما البينة قضى له بها) لان في الجانب الآخر مجرد الدعوى والبينة أقوى منها (وان أقام كل واحد منهما بينة كانت البينة المثبتة للزيادة أولى) لان البينات للاثبات ولا تعارض في الزيادة (ولو كان الاختلاف في الثمن والمبيع جميعا فبينة البائع أولى في الثمن وبينة المشتري أولى في المبيع) نظرا الى زيادة الاثبات (وان لم يكن لكل واحد منهما بينة قيل للمشتري اما أن ترضى بالثمن الذي ادعاه البائع والا فسخنا البيع وقيل للبائع اما أن تسلم ما ادعاه المشتري من المبيع والا فسخنا البيع) لان المقصود قطع المنازعة وهذا جهة فيه لانه ربما لا يرضيان بالفسخ فاذا علما به يتراضيان به (فان لم يتراضيا استحلف الحاكم كل واحد منهما على دعوى الآخر) وهذا التحالف قبل القبض على وفاق القياس لان البائع يدعي زيادة الثمن والمشتري ينكره والمشتري يدعي وجوب تسليم المبيع بما نقد والبائع ينكره فكل واحد منهما منكر فيحلف فاما بعد القبض فمخالف للقياس لان المشتري لا يدعي شيأ لان المبيع سالم له فبقي دعوى البائع في زيادة الثمن والمشتري ينكرها فيكتفى بحلفه لكنا عرفناه بالنص وهو قوله عليه السلام اذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة بعينها تحالفا وترادا قال (ويبتدئ بيمين المشتري) وهذا قول محمد وأبي يوسف رحمهما الله آخرا وهو رواية عن أبي حنيفة رحمه الله وهو الصحيح لان المشتري أشدهما انكارا لانه يطالب أولا بالثمن ولانه يتعجل فائدة النكول وهو الزام الثمن ولو بدئ بيمين البائع تتأخر المطالبة بتسليم المبيع الى زمان استيفاء الثمن وكان أبو يوسف رحمه الله يقول أولا يبدأ بيمين البائع لقوله عليه السلام اذا اختلف المتبايعان فالقول ما قاله البائع خصه بالذكر وأقل فائدته التقديم (وان كان بيع عين بعين أو ثمن بثمن بدأ القاضي بيمين أيهما شاء) لاستوائهما (وصفة اليمين ان يحلف البائع بالله ما باعه بألف ويحلف المشتري بالله ما اشتراه بألفين) وقال في الزيادات يحلف بالله ما باعه بألف ولقد باعه بألفين ويحلف المشتري بالله ما اشتراه بألفين ولقد اشتراه بألف يضم الاثبات الى النفي تأكيدا والاصح الاقتصار على النفي لان الايمان على ذلك وضعت دل عليه حديث القسامة بالله ما قتلتم ولا علمتم له قاتلا قال (فان حلفا فسخ القاضي البيع بينهما) وهذا يدل على انه لا ينفسخ بنفس التحالف لانه لم يثبت ما ادعاه كل واحد منهما فيبقى بيع مجهول فيفسخه القاضي قطعا للمنازعة ويقال اذا لم يثبت البدل يبقى بيعا بلا بدل وهو فاسد ولا بد من الفسخ في البيع الفاسد قال (وان نكل أحدهما عن اليمين لزمه دعوى الآخر) لانه

جعل باذلا فلم يبق دعواه معارضا لدعوى الآخر فيلزم القول بثبوته قال (وان اختلفا فى الاجل أو فى شرط الخيار أو فى استيفاء بعض الثمن فلا تحالف بينهما) لان هذا اختلاف فى غير المعقود عليه والمعقود به فاشبه الاختلاف فى الحط والابراء وهذا لان بانعدامه لا يختل ما به قوام العقد بخلاف الاختلاف فى وصف الثمن أو جنسه حيث يكون بمنزلة الاختلاف فى القدر فى جريان التحالف لان ذلك يرجع الى نفس الثمن فان الثمن دين وهو يعرف بالوصف ولا كذلك الاجل لانه ليس بوصف الا ترى ان الثمن موجود بعد مضيه قال (والقول قول من ينكر الخيار والاجل مع يمينه) لانهما يثبتان بعارض الشرط والقول لمنكر العوارض قال (فان هلك المبيع ثم اختلفا لم يتحالفا عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله والقول قول المشترى وقال محمد يتحالفان ويفسخ البيع على قيمة الهالك) وهو قول الشافعى رحمه الله وعلى هذا اذا خرج المبيع عن ملكه أو صار بحال لا يقدر على رده بعيب لهما ان كل واحد منهما يدعى غير العقد الذى يدعيه صاحبه والآخر ينكره وانه يفيد دفع زيادة الثمن فيتحالفان كما اذا اختلفا فى جنس الثمن بعد هلاك السلعة ولابى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله ان التحالف بعد القبض على خلاف القياس لانه سلم للمشترى ما يدعيه وقد ورد الشرع به فى حال قيام السلعة والتحالف فيه يفضى الى الفسخ ولا كذلك بعد هلاكها لارتفاع العقد فلم يكن فى معناه ولانه لا يبالى بالاختلاف فى السبب بعد حصول المقصود وانما يراعى من الفائدة ما يوجبه العقد وفائدة دفع زيادة الثمن ليست من موجباته وهذا اذا كان الثمن دينا فان كان عينا يتحالفان لان المبيع فى أحد الجانبين قائم فتوفر فائدة الفسخ ثم يرد مثل الهالك ان كان له مثل أو قيمته ان لم يكن له مثل قال (وان هلك أحد العبدين ثم اختلفا فى الثمن لم يتحالفا عند أبى حنيفة رحمه الله الا ان يرضى البائع ان يترك حصة الهالك من الثمن وفى الجامع الصغير القول قول المشترى مع يمينه عند أبى حنيفة رحمه الله الا ان يشاء البائع ان يأخذ العبد الحى ولا شئ له من قيمة الهالك وقال أبو يوسف رحمه الله يتحالفان فى الحى ويفسخ العقد فى الحى والقول قول المشترى فى قيمة الهالك وقال محمد رحمه الله يتحالفان عليهما ويرد الحى وقيمة الهالك) لان هلاك كل السلعة لا يمنع التحالف عنده فهلاك البعض أولى ولابى يوسف رحمه الله ان امتناع التحالف للهلاك فيتقدر بقدره ولابى حنيفة رحمه الله ان التحالف على خلاف القياس فى حال قيام السلعة وهى اسم لجميع أجزائها فلا تبقى السلعة بفوات بعضها ولانه لا يمكن التحالف فى القائم الا على اعتبار حصته من الثمن فلا بد من القسمة على القيمة وهى تعرف بالحزر والظن فيؤدى الى التحالف مع الجهل وذلك لا يجوز الا ان يرضى البائع ان يترك حصة الهالك أصلا لانه حينئذ يكون الثمن كله بمقابلة القائم ويخرج الهالك عن العقد فيتحالفان

هذا تخريج بعض المشايخ رحمهم الله ويصرف الاستثناء عندهم الى التحالف كما ذكرنا وقالوا ان المراد من قوله فى الجامع الصغير يأخذ الحى ولا شئ له معناه لا يأخذ من ثمن الهالك شيأ أصلا وقال بعض المشايخ رحمهم الله يأخذ من ثمن الهالك بقدر ما أقر به المشترى وانما لا يأخذ الزيادة وعلى قول هؤلاء ينصرف الاستثناء الى يمين المشترى لا الى التحالف لانه لما أخذ البائع بقول المشترى فقد صدقه فلا يحلف المشترى ثم تفسير التحالف على قول محمد ما بيناه فى القائم واذا حلفا ولم يتفقا على شئ فادعى أحدهما الفسخ أوكلاهما يفسخ العقد بينهما ويأمر القاضى المشترى برد الباقى وقيمة الهالك واختلفوا فى تفسيره على قول أبى يوسف رحمه الله والصحيح انه يحلف المشترى بالله ما اشتريتهما بما يدعيه البائع فان نكل لزمه دعوى البائع وان حلف يحلف البائع بالله ما بعتهما بالثمن الذى يدعيه المشترى فان نكل لزمه دعوى المشترى وان حلف يفسخان البيع فى القائم وتسقط حصته من الثمن ويلزم المشترى حصة الهالك ويعتبر قيمتهما فى الانقسام يوم القبض (وان اختلفا فى قيمة الهالك يوم القبض فالقول قول البائع وايهما اقام البينة تقبل بينته وان أقاماها فبينة البائع أولى) وهو قياس ما ذكر فى بيوع الاصل (اشترى عبدين وقبضهما ثم رد أحدهما بالعيب وهلك الآخر عنده يجب عليه ثمن ما هلك عنده ويسقط عنه ثمن ما رده وينقسم الثمن على قيمتهما فان اختلفا فى قيمة الهالك فالقول قول البائع) لان الثمن قد وجب باتفاقهما ثم المشترى يدعى زيادة السقوط بنقصان قيمة الهالك والبائع ينكره والقول للمنكر (وان أقاما البينة فبينة البائع أولى) لانها أكثر اثباتا ظاهرا لاثباتها الزيادة فى قيمة الهالك وهذا الفقه وهو ان فى الايمان تعتبر الحقيقة لانها تتوجه على أحد العاقدين وهما يعرفان حقيقة الحال فبنى الامر عليها والبائع منكر حقيقة فلهذا كان القول قوله وفى البينات يعتبر الظاهر لان الشاهدين لا يعلمان حقيقة الحال فاعتبر الظاهر فى حقهما والبائع مدع ظاهرا فلهذا تقبل بينته ايضا وترجح بالزيادة الظاهرة على ما مر وهذا يبين لك معنى ما ذكرناه من قول أبى يوسف رحمه الله قال (ومن اشترى جارية وقبضها ثم تقايلا ثم اختلفا فى الثمن فانهما يتحالفان ويعود البيع الاول) ونحن ما اثبتنا التحالف فيه بالنص لانه ورد فى البيع المطلق والاقالة فسخ فى حق المتعاقدين وانما اثبتناه بالقياس لان المسئلة مفروضة قبل القبض والقياس يوافقه على ما مر ولهذا نقيس الاجارة على البيع قبل القبض والوارث على العاقد والقيمة على العين فيما اذا استهلكه فى يد البائع غير المشترى (ولو قبض البائع المبيع بعد الاقالة فلا تحالف عند ابى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله خلافا لمحمد رحمه الله) لانه يرى النص معلولا بعد القبض أيضا قال (ومن أسلم عشرة دراهم فى كر حنطة ثم تقايلا ثم اختلفا فى الثمن فالقول قول المسلم اليه ولا يعود السلم) لان الاقالة فى باب السلم لا تحتمل النقض لانه

اسقاط فلا يعود السلم بخلاف الاقالة فى البيع آلا يرى أن رأس مال السلم لو كان عرضا فرده
بالعيب وهلك قبل التسليم الى رب السلم لا يعود السلم ولو كان ذلك فى بيع العين يعود البيع دل
على الفرق بينهما قال (واذا اختلف الزوجان فى المهر فادعى الزوج انه تزوجها بالف وقالت
تزوجنى بالفين فايهما اقام البينة تقبل بينته) لان نور دعواه بالحجة (وان أقاما البينة فالبينة
بينة المرأة) لانها تثبت الزيادة معناه اذا كان مهر مثلها أقل مما ادعته (وان لم تكن لهما بينة
تحالفا عند أبى حنيفة رحمه الله ولا يفسخ النكاح) لانه أثر التحالف فى انعدام التسمية وانه
لا يخل بصحة النكاح لان المهر تابع فيه بخلاف البيع لان عدم التسمية يفسده على مامر
فيفسخ (ولكن يحكم مهر المثل فان كان مثل ما اعترف به الزوج أو أقل قضى بما قال الزوج) لان
الظاهر شاهد له (وان كان مثل ما ادعته المرأة أو أكثر قضى بما ادعته المرأة وان كان مهر المثل
أكثر مما اعترف به الزوج وأقل مما ادعته المرأة قضى لها بمهر المثل) لانهما لما تحالفا لم تثبت
الزيادة على مهر المثل ولا الحط عنه قال رضى الله عنه ذكر التحالف أولا ثم التحكيم وهذا
قول الكرخى رحمه الله لان مهر المثل لا اعتبار له مع وجود التسمية وسقوط اعتبارها
بالتحالف فلهذا يقدم فى الوجوه كلها ويبدأ بيمين الزوج عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله تعجيلا
لفائدة النكول كما فى المشترى وتخريج الرازى رحمه الله بخلافه وقد استقصيناه فى النكاح
وذكرنا خلاف أبى يوسف رحمه الله فلا نعيده (ولو ادعى الزوج النكاح على هذا العبد والمرأة
تدعيه على هذه الجارية فهو كالمسئلة المتقدمة الا ان قيمة الجارية اذا كانت مثل مهر المثل يكون
لها قيمتها دون عينها) لان تملكها لا يكون الا بالتراضى ولم يوجد فوجبت القيمة (وان اختلفا
فى الاجارة قبل استيفاء المعقود عليه تحالفا وترادا) معناه اختلفا فى البدل أو فى المبدل لان
التحالف فى البيع قبل القبض على وفاق القياس على مامر والاجارة قبل قبض المنفعة نظير
البيع قبل قبض المبيع وكلامنا قبل استيفاء المنفعة (فان وقع الاختلاف فى الاجرة يبدأ
بيمين المستأجر) لانه منكر لوجوب الاجرة (وان وقع فى المنفعة يبدأ بيمين المؤجر فايهما نكل
لزمه دعوى صاحبه وأيهما أقام البينة قبلت ولو أقاماها فبينة المؤجر أولى ان كان الاختلاف
فى الاجرة وان كان فى المنافع فبينة المستأجر أولى وان كان فيهما قبلت بينة كل واحد منهما فيما
يدعيه من الفضل) نحو أن يدعى هذا شهرا بعشرة والمستأجر شهرين بخمسة يقضى بشهرين
بعشرة قال (وان اختلفا بعد الاستيفاء لم يتحالفا وكان القول قول المستأجر) وهذا عند أبى
حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله ظاهر لان هلاك المعقود عليه يمنع التحالف عندهما وكذا
على أصل محمد رحمه الله لان الهلاك انما يمنع عنده فى المبيع لما ان له قيمة تقوم مقامه فيتحالفان

عليهما ولو جرى التحالف ههنا وفسخ العقد فلا قيمة لان المنافع لا تتقوم بنفسها بل بالعقد وتبين انه لا عقد واذا امتنع فالقول للمستأجر مع يمينه لانه هو المستحق عليه (وان اختلفا بعد استيفاء بعض المعقود عليه تحالفا وفسخ العقد فيما بقى وكان القول فى الماضى قول المستأجر) لان العقد ينعقد ساعة فساعة فيصير فى كل جزء من المنفعة كان ابتداء العقد عليها بخلاف البيع لان العقد فيه دفعة واحدة فاذا تعذر فى البعض تعذر فى الكل قال (واذا اختلف المولى والمكاتب فى مال الكتابة لم يتحالفا عند أبى حنيفة وقالا يتحالفان وتفسخ الكتابة) وهو قول الشافعى رحمه الله لانه عقد معاوضة يقبل الفسخ فاشبه البيع والجامع أن المولى يدعى بدلا زائدا ينكره العبد والعبد يدعى استحقاق العتق عليه عند أداء القدر الذى يدعيه والمولى ينكره فيتحالفان كما اذا اختلفا فى الثمن ولابى حنيفة رحمه الله أن البدل مقابل بفك الحجر فى حق اليد والتصرف للحال وهو سالم للعبد وانما ينقلب مقابلا بالعتق عند الاداء فقبله لا مقابلة فبقى اختلافا فى قدر البدل لا غير فلا يتحالفان قال (واذا اختلف الزوجان فى متاع البيت فما يصلح للرجال فهو للرجل كالعمامة) لان الظاهر شاهد له (وما يصلح للنساء فهو للمرأة كالوقاية) لشهادة الظاهر لها (وما يصلح لهما كالآنية فهو للرجل) لان المرأة وما فى يدها فى يد الزوج والقول فى الدعاوى لصاحب اليد بخلاف ما يختص بها لانه يعارضه ظاهر اقوى منه ولا فرق بين ما اذا كان الاختلاف فى حال قيام النكاح أو بعد ما وقعت الفرقة (فان مات أحدهما واختلفت ورثته مع الآخر فما يصلح للرجال والنساء فهو للباقى منهما) لان اليد للحى دون الميت وهذا الذى ذكرناه قول أبى حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف رحمه الله يدفع الى المرأة ما يجهز به مثلها والباقى للزوج مع يمينه لان الظاهر أن المرأة تأتى بالجهاز وهذا أقوى فيبطل به ظاهر يد الزوج ثم فى الباقى لا معارض لظاهره فيعتبر (والطلاق والموت سواء لقيام الورثة مقام مورثهم وقال محمد رحمه الله ما كان للرجال فهو للرجل وما كان للنساء فهو للمرأة وما يكون لهما فهو للرجل أو لورثته) لما قلنا لابى حنيفة رحمه الله والطلاق والموت سواء لقيام الوارث مقام المورث (وان كان أحدهما مملوكا فالمتاع للحر فى حالة الحياة) لان يد الحر أقوى (وللحى بعد الممات) لانه لا يد للميت فخلت يد الحى عن المعارض (وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله وقالا العبد المأذون له فى التجارة والمكاتب بمنزلة الحر) لان لهما يدا معتبرة فى الخصومات

﴿فصل فيمن لا يكون خصما﴾

(واذا قال المدعى عليه هذا الشئ أودعنيه فلان الغائب أو رهنه عندى أو غصبته منه وأقام بينة على ذلك فلا خصومة بينه وبين المدعى) وكذا اذا قال آجرنيه وأقام البينة لانه أثبت بالبينة أن يده ليست بيد خصومة وقال ابن شبرمة لا تندفع الخصومة لانه تعذر اثبات

الملك للغائب لعدم الخصم عنه ودفع الخصومة بناء عليه قلنا مقتضى البينة شيئان ثبوت الملك للغائب ولا خصم فيه فلم يثبت ودفع خصومة المدعى وهو خصم فيه فيثبت وهو كالوكيل بنقل المرأة واقامتها البينة على الطلاق كما بينا من قبل ولا تندفع بدون اقامة البينة كما قاله ابن أبى ليلى لانه صار خصما بظاهر يده فهو باقراره يريد أن يحول حقا مستحقا على نفسه فلا يصدق الا بحجة كما اذا ادعى تحول الدين من ذمته الى ذمة غيره (وقال أبو يوسف رحمه الله آخرا ان كان الرجل صالحا فالجواب كما قلناه وان كان معروفا بالحيل لا تندفع عنه الخصومة) لان المحتال من الناس قد يدفع ماله الى مسافر يودعه اياه ويشهد عليه الشهود فيحتال لابطال حق غيره فاذا اتهمه القاضى به لا يقبله (ولو قال الشهود أودعه رجل لا نعرفه لا تندفع عنه الخصومة) لاحتمال أن يكون المودع هو هذا المدعى ولانه ما أحاله الى معين يمكن المدعى اتباعه فلو اندفعت لتضرر به المدعى ولو قالوا نعرفه بوجهه ولا نعرفه باسمه ونسبه فكذا الجواب عند محمد رحمه الله للوجه الثانى وعند أبى حنيفة رحمه الله تندفع لانه أثبت ببينته أن العين وصل اليه من جهة غيره حيث عرفه الشهود بوجهه بخلاف الفصل الاول فلم تكن يده يد خصومة وهو المقصود والمدعى هو الذى أضر بنفسه حيث نسى خصمه أو أضره شهوده دون المدعى عليه وهذه المسئلة مخمسة كتاب الدعوى وقد ذكرنا الاقوال (وان قال ابتعته من الغائب فهو خصم) لانه لما زعم أن يده يد ملك اعترف بكونه خصما (وان قال المدعى غصبته منى أو سرقته منى لا تندفع الخصومة وان أقام ذو اليد البينة على الوديعة) لانه انما صار خصما بدعوى الفعل عليه لا بيده بخلاف دعوى الملك المطلق لانه خصم فيه باعتبار يده حتى لا يصح دعواه على غير ذى اليد ويصح دعوى الفعل (وان قال المدعى سرق منى وقال صاحب اليد أودعنيه فلان وأقام البينة لم تندفع الخصومة) وهذا قول أبى حنيفة وأبى يوسف وهو استحسان وقال محمد اتندفع لانه لم يدع الفعل عليه فصار كما اذا قال غصب منى على ما لم يسم فاعله ولهما أن ذكر الفعل يستدعى الفاعل لا محالة والظاهر أنه هو الذى فى يده الا أنه لم يعينه درأ للحد شفقة عليه واقامة لحسبة الستر فصار كما اذا قال سرقت بخلاف الغصب لانه لا حد فيه فلا يحترز عن كشفه (واذا قال المدعى ابتعته من فلان وقال صاحب اليد أودعنيه فلان ذلك سقطت الخصومة بغير بينة) لانهما توافقا على أن أصل الملك فيه لغيره فيكون وصولها الى يد ذى اليد من جهته فلم تكن يده يد خصومة الا أن يقيم البينة أن فلانا وكله بقبضه لانه أثبت ببينته كونه أحق بامساكها والله أعلم

﴿باب ما يدعيه الرجلان﴾

قال (واذا ادعى اثنان عينا فى يد آخر كل واحد منهما يزعم أنها له وأقاما البينة قضى بها بينهما)

وقال الشافعي رحمه الله في قول تهاترتا وفي قول يقرع بينهما لان احدى البينتين كاذبة بيقين لاستحالة اجتماع الملكين في الكل في حالة واحدة وقد تعذر التمييز فيتهاتران أو يصار الى القرعة لان النبي عليه السلام أقرع فيه وقال اللهم أنت الحكم بينهما ولنا حديث تميم بن طرفة أن رجلين اختصما الى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم في ناقة وأقام كل واحد منهما بينة فقضى بها بينهما نصفين وحديث القرعة كان في ابتداء الاسلام ثم نسخ ولان المطلق للشهادة في حق كل واحد منهما محتمل الوجود بان يعتمد أحدهما سبب الملك والآخر اليد فصحت الشهادتان فيجب العمل بهما ما أمكن وقد أمكن بالتنصيف اذ المحل يقبله وانما ينصف لاستوائهما في سبب الاستحقاق قال (فان ادعى كل واحد منهما نكاح امرأة وأقاما بينة لم يقض بواحدة من البينتين) لتعذر العمل بهما لان المحل لا يقبل الاشتراك قال (ويرجع الى تصديق المرأة لاحدهما) لان النكاح مما يحكم به بتصادق الزوجين وهذا اذا لم تؤقت البينتان فاما اذا وقتا فصاحب الوقت الاول أولى (وان أقرت لاحدهما قبل اقامة البينة فهي امرأته) لتصادقهما (وان أقام الآخر البينة قضى بها) لان البينة أقوى من الاقرار (ولو تفرد أحدهما بالدعوى والمرأة تجحد فاقام البينة وقضى بها القاضي له ثم ادعى آخر وأقام البينة على مثل ذلك لا يحكم بها) لان القضاء الاول قد صح فلا ينقض بما هو مثله بل هو دونه (الا أن يؤقت شهود الثاني سابقا) لانه ظهر الخطأ في الاول بيقين وكذا اذا كانت المرأة في يد الزوج ونكاحه ظاهر لا تقبل بينة الخارج الا على وجه السبق قال (ولو ادعى اثنان كل واحد منهما أنه اشترى منه هذا العبد) معناه من صاحب اليد (وأقاما بينة فكل واحد منهما بالخيار ان شاء أخذ نصف العبد بنصف الثمن وان شاء ترك) لان القاضي يقضي بينهما نصفين لاستوائهما في السبب فصار كالفضوليين اذا باع كل واحد منهما من رجل وأجاز المالك البيعين يخير كل واحد منهما لانه تغير عليه شرط عقده فلعل رغبته في تملك الكل فيرده ويأخذ كل الثمن لو أراد (فان قضى القاضي به بينهما فقال أحدهما لا أختار لم يكن للآخر أن يأخذ جميعه) لانه صار مقضيا عليه في النصف فانفسخ البيع فيه وهذا لانه خصم فيه لظهور استحقاقه بالبينة لولا بينة صاحبه بخلاف ما لو قال ذلك قبل تخيير القاضي حيث يكون له أن يأخذ الجميع لانه يدعي الكل ولم يفسخ سببه والعود الى النصف للمزاحمة ولم توجد ونظيره تسليم أحد الشفيعين قبل القضاء ونظير الاول تسليمه بعد القضاء (ولو ذكر كل واحد منهما تاريخا فهو للاول منهما) لانه أثبت الشراء في زمان لا ينازعه فيه أحد فاندفع الآخر به (ولو وقتت احداهما ولم تؤقت الاخرى فهو لصاحب الوقت) لثبوت ملكه في ذلك الوقت واحتمل الآخر أن يكون قبله أو بعده فلا يقضى له بالشك (وان لم

بذ كرا تاريخا ومع أحدهما قبض فهو أولى) ومعناه انه فى يده لان تمكنه من قبضه يدل على سبق شرائه ولانهما استويا فى الاثبات فلا تنقض اليد الثابتة بالشك وكذا لو ذكر الآخر وقتا لما بينا الا أن يشهدوا ان شراءه كان قبل شراء صاحب اليد لان الصريح يفوق الدلالة قال (وان ادعى أحدهما شراء والآخر هبة وقبضا) معناه من واحد (واقاما بينة ولا تاريخ معهما فالشراء أولى) لان الشراء أقوى لكونه معاوضة من الجانبين ولانه يثبت الملك بنفسه والملك فى الهبة يتوقف على القبض وكذا الشراء والصدقة مع القبض لما بينا (والهبة والقبض والصدقة مع القبض سواء حتى يقضى بينهما) لاستوائهما فى وجه التبرع ولا ترجيح باللزوم لانه يرجع الى المآل والترجيح بمعنى قائم فى الحال وهذا فيما لا يحتمل القسمة صحيح وكذا فيما يحتملها عند البعض لان الشيوع طارئ وعند البعض لا يصح لانه تنفيذ الهبة فى الشائع وصار كاقامة البينتين على الارتهان وهذا أصح قال (واذا ادعى أحدهما الشراء وادعت امرأته انه تزوجها عليه فهما سواء) لاستوائهما فى القوة فان كل واحد منهما عقد معاوضة يثبت الملك بنفسه وهذا عند ابى يوسف رحمه الله وقال محمد رحمه الله الشراء أولى ولها على الزوج القيمة لانه أمكن العمل بالبينتين بتقديم الشراء اذ التزوج على عين مملوكة للغير صحيح وتجب قيمته عند تعذر تسليمه (وان ادعى أحدهما رهنا وقبضا والآخر هبة وقبضا واقاما بينة فالرهن أولى) وهذا استحسان وفى القياس الهبة أولى لانها تثبت الملك والرهن لا يثبته وجه الاستحسان ان المقبوض بحكم الرهن مضمون وبحكم الهبة غير مضمون وعقد الضمان أقوى بخلاف الهبة بشرط العوض لانه بيع انتهاء والبيع أولى من الرهن لانه عقد ضمان يثبت الملك صورة ومعنى والرهن لا يثبته الا عند الهلاك معنى لا صورة فكذا الهبة بشرط العوض (وان أقام الخارجان البينة على الملك والتاريخ فصاحب التاريخ الاقدم أولى) لانه أثبت انه أول المالكين فلا يتلقى الملك الا من جهته ولم يتلق الآخر منه قال (ولو ادعيا الشراء من واحد) معناه من غير صاحب اليد (واقاما البينة على تاريخين فالاول أولى) لما بينا انه أثبته فى وقت لا منازع له فيه (وان أقام كل واحد منهما البينة على الشراء من آخر وذكرا تاريخا فهما سواء) لانهما يثبتان الملك لبائعيهما فيصير كانهما حضرا ثم يخير كل واحد منهما كما ذكرنا من قبل (ولو وقتت احدى البينتين وقتا ولم توقت الاخرى قضى بينهما نصفين) لان توقيت احداهما لا يدل على تقدم الملك لجواز أن يكون الآخر اقدم بخلاف ما اذا كان البائع واحدا لانهما اتفقا على ان الملك لا يتلقى الا من جهته فاذا أثبت أحدهما تاريخا يحكم به حتى يتبين انه تقدمه شراء غيره (ولو ادعى أحدهما الشراء من رجل والآخر الهبة والقبض من غيره والثالث الميراث من أبيه والرابع الصدقة والقبض من آخر قضى بينهم ارباعا) لانهم يتلقون الملك من باعتهم فيجعل

كانهم حضروا واقاموا البينة على الملك المطلق قال (فان أقام الخارج البينة على ملك مؤرخ وصاحب اليد بينة على ملك اقدم تاريخاً كان أولى) وهذا عند ابى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله وهو رواية عن محمد رحمه الله وعنه رحمه الله انه لا تقبل بينة ذى اليد رجع اليه لان البينتين قامتا على مطلق الملك ولم يتعرضا لجهة الملك فكان التقدم والتأخر سواء ولهما ان البينة مع التاريخ متضمنة معنى الدفع فان الملك اذا ثبت لشخص فى وقت فثبوته لغيره بعده لا يكون الا بالتلقى من جهته وبينة ذى اليد على الدفع مقبولة وعلى هذا الاختلاف لو كانت الدار فى ايديهما والمعنى مابينا ولو أقام الخارج وذو اليد البينة على ملك مطلق ووقتت احداهما دون الاخرى فعلى قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله الخارج أولى وقال أبو يوسف رحمه الله وهو رواية عن أبى حنيفة صاحب الوقت أولى لانه أقدم وصار كما فى دعوى الشراء اذا أرخت احداهما كان صاحب التاريخ أولى ولهما ان بينة ذى اليد انما تقبل لتضمنها معنى الدفع ولا دفع ههنا حيث وقع الشك فى التلقى من جهته وعلى هذا اذا كانت الدار فى ايديهما ولو كانت فى يد ثالث والمسئلة بحالها فهما سواء عند أبى حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف الذى وقت أولى وقال محمد الذى أطلق أولى لانه ادعى أولية الملك بدليل استحقاق الزوائد ورجوع الباعة بعضهم على البعض ولابى يوسف رحمه الله ان التاريخ يوجب الملك فى ذلك الوقت بيقين والاطلاق يحتمل غير الاولية والترجيح بالتيقن كما لو ادعيا الشراء ولابى حنيفة رحمه الله ان التاريخ يضامه احتمال عدم التقدم فسقط اعتباره فصار كما اذا أقاما البينة على ملك مطلق بخلاف الشراء لانه أمر حادث فيضاف الى أقرب الاوقات فيترجح جانب صاحب التاريخ قال (وان أقام الخارج وصاحب اليد كل واحد منهما بينة على النتاج فصاحب اليد أولى) لان البينة قامت على مالا تدل عليه اليد فاستويا وترجحت بينة ذى اليد باليد فيقضى له وهذا هو الصحيح خلافاً لما يقوله عيسى بن أبان رحمه الله انه تتهاتر البينتان ويترك فى يده لا على طريق القضاء ولو تلقى كل واحد منهما الملك من رجل وأقام البينة على النتاج عنده فهو بمنزلة اقامتها على النتاج فى يد نفسه (ولو أقام أحدهما البينة على الملك والآخر على النتاج فصاحب النتاج أولى أيهما كان) لان بينته قامت على أولية الملك فلا يثبت الملك للآخر الا بالتلقى من جهته وكذلك اذا كانت الدعوى بين خارجين فبينة النتاج اولى لما ذكرنا (ولو قضى بالنتاج لصاحب اليد ثم أقام ثالث البينة على النتاج يقضى له الا أن يعيدها ذو اليد) لان الثالث لم يصر مقضياً عليه بتلك القضية وكذا المقضى عليه بالملك المطلق اذا أقام البينة على النتاج تقبل وينقض القضاء لانه بمنزلة النص والاول بمنزلة الاجتهاد قال (وكذلك النسج فى الثياب التى لا تنسج الا مرة) كغزل القطن (وكذلك كل سبب فى الملك لا يتكرر) لانه فى

معنى النتاج كحلب اللبن واتخاذ الجبن واللبد والمرعزى وجز الصوف وان كان يتكرر قضى به للخارج بمنزلة الملك المطلق وهو مثل الخز والبناء والغرس وزراعة الحنطة والحبوب فان أشكل يرجع الى أهل الخبرة لانهم أعرف به فان أشكل عليهم قضى به للخارج لان القضاء ببينته هو الاصل والعدول عنه بخبر النتاج فاذا لم يعلم يرجع الى الاصل قال (وان أقام الخارج البينة على الملك المطلق وصاحب اليد البينة على الشراء منه كان صاحب اليد أولى) لان الاول ان كان يدعى أولية الملك فهذا تلقى منه وفى هذا لاتنافى فصار كما اذا أقر بالملك له ثم ادعى الشراء منه قال (وان أقام كل واحد منهما البينة على الشراء من الآخر ولا تاريخ معهما تهاترت البينتان وتترك الدار فى يد ذى اليد) قال وعند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله وعلى قول محمد يقضى بالبينتين ويكون للخارج لان العمل بهما ممكن فيجعل كانه اشترى ذو اليد من الآخر وقبض ثم باع الدار لان القبض دلالة السبق على مامر ولا يعكس الامر لان البيع قبل القبض لايجوز وان كان فى العقار عنده ولهما أن الاقدام على الشراء اقرار منه بالملك للبائع فصار كانهما قامتا على الاقرارين وفيه التهاتر بالاجماع كذا ههنا ولان السبب يراد لحكمه وهو الملك وههنا لايمكن القضاء لذى اليد الا بملك مستحق فبقى القضاء له بمجرد السبب وانه لايفيده ثم لو شهدت البينتان على نقد الثمن فالالف بالالف قصاص عندهما اذا استويا لوجود قبض مضمون من كل جانب وان لم يشهدوا على نقد الثمن فالقصاص مذهب محمد رحمه الله للوجوب عنده ولو شهد الفريقان بالبيع والقبض تهاترتا بالاجماع لان الجمع غير ممكن عند محمد رحمه الله لجواز كل واحد من البيعين بخلاف الاول وان وقتت البينتان فى العقار ولم تثبتا قبضا ووقت الخارج أسبق يقضى لصاحب اليد عندهما فيجعل كان الخارج اشترى أولا ثم باع قبل القبض من صاحب اليد وهو جائز فى العقار عندهما وعند محمد رحمه الله يقضى للخارج لانه لا يصح بيعه قبل القبض فبقى على ملكه وان أثبتا قبضا يقضى لصاحب اليد لان البيعين جائزان على القولين وان كان وقت صاحب اليد اسبق يقضى للخارج فى الوجهين فيجعل كانه اشتراها ذو اليد وقبض ثم باع ولم يسلم أوسلم ثم وصل اليه بسبب آخر قال (وان أقام أحد المدعيين شاهدين والآخر أربعة فهما سواء) لان شهادة كل شاهدين علة تامة كما فى حالة الانفراد والترجيح لايقع بكثرة العلل بل بقوة فيها على ماعرف قال (واذا كانت دار فى يد رجل ادعاها اثنان أحدهما جميعها والآخر نصفها وأقاما البينة فلصاحب الجميع ثلاثة أرباعها ولصاحب النصف ربعها عند أبى حنيفة رحمه الله) اعتبارا بطريق المنازعة فان صاحب النصف لاينازع الآخر فى النصف فسلم له بلا منازع واستوت منازعتهما فى النصف الآخر فينصف بينهما

(وقالا هي بينهما أثلاثا) فاعتبرا طريق العول والمضاربة فصاحب الجميع يضرب بكل حقه سهمين وصاحب النصف يضرب بسهم واحد فتقسم أثلاثا ولهذه المسئلة نظائر وأضداد لا يحتملها هذا المختصر وقد ذكرناها في الزيادات قال (ولو كانت في أيديهما سلم لصاحب الجميع نصفها على وجه القضاء ونصفها لا على وجه القضاء) لانه خارج في النصف فيقضى ببينته والنصف الذي في يديه صاحبه لا يدعيه لان مدعاه النصف وهو في يده سالما له ولو لم ينصرف اليه دعواه كان ظالما بامساكه ولا قضاء بدون الدعوى فيترك في يده قال (واذا تنازعا في دابة وأقام كل واحد منهما بينة أنها نتجت عنده وذكرا تاريخا وسن الدابة يوافق أحد التاريخين فهو أولى) لان الحال يشهد له فيترجح (وان أشكل ذلك كانت بينهما) لانه سقط التوقيت فصار كأنهما لم يذكرا تاريخا وان خالف سن الدابة الوقتين بطلت البينتان كذا ذكره الحاكم الشهيد لانه ظهر كذب الفريقين فتترك في يد من كانت في يده قال (واذا كان عبد في يد رجل أقام رجلان عليه البينة أحدهما بغصب والآخر بوديعة فهو بينهما) لاستوائهما في الاستحقاق

﴿فصل في التنازع بالايدي﴾

قال (واذا تنازعا في دابة أحدهما راكبها والآخر متعلق بلجامها فالراكب أولى) لان تصرفه أظهر فانه يختص بالملك (وكذا اذا كان أحدهما راكبا في السرج والآخر رديفه فالراكب في السرج أولى) بخلاف ما اذا كانا راكبين حيث تكون بينهما لاستوائهما في التصرف (وكذا اذا تنازعا في بعير وعليه حمل لاحدهما وللآخر كوز معلق فصاحب الحمل أولى) لانه هو المتصرف (وكذا اذا تنازعا في قميص أحدهما لابسه والآخر متعلق بكمه فاللابس أولى) لانه أظهرهما تصرفا (ولو تنازعا في بساط أحدهما جالس عليه والآخر متعلق به فهو بينهما) معناه لا على طريق القضاء لان القعود ليس بيد عليه فاستويا قال (واذا كان ثوب في يد رجل وطرف منه في يد آخر فهو بينهما نصفان) لان الزيادة من جنس الحجة فلا توجب زيادة في الاستحقاق قال (واذا كان صبي في يد رجل وهو يعبر عن نفسه فقال أنا حر فالقول قوله) لانه في يد نفسه (ولو قال أنا عبد لفلان فهو عبد للذي هو في يده) لانه أقر بانه لا يد له حيث أقر بالرق (وان كان لا يعبر عن نفسه فهو عبد للذي هو في يده) لانه لا يد له على نفسه لما كان لا يعبر عنها وهو بمنزلة المتاع بخلاف ما اذا كان يعبر فلو كبر وادعى الحرية لا يكون القول قوله لانه ظهر الرق عليه في حال صغره قال (واذا كان الحائط لرجل عليه جذوع أو متصل ببنائه وللآخر عليه هرادي فهو لصاحب الجذوع والاتصال والهرادي ليست بشئ) لان صاحب الجذوع صاحب استعمال والآخر صاحب تعلق فصار كدابة تنازعا فيها ولاحدهما عليها حمل وللآخر كوز معلق بها والمراد بالاتصال مداخلة لبن جداره فيه ولبن هذا في جداره وقد يسمى اتصال تربيع

وهذا

وهذا شاهد ظاهر لصاحبه لان بعض بنائه على بعض بناء هذا الحائط وقوله الهرادى ليست بشئ يدل على أنه لا اعتبار للهرادى أصلا وكذا البوارى لان الحائط لا تبنى لهما أصلا حتى لو تنازعا فى حائط ولاحدهما عليه هرادى وليس للآخر عليه شئ فهو بينهما (ولو كان لكل واحد منهما عليه جذوع ثلاثة فهو بينهما) لاستوائهما ولا معتبر بالاكثر منها بعد الثلاثة (وان كان جذوع أحدهما أقل من ثلاثة فهو لصاحب الثلاثة وللآخر موضع جذعه) فى رواية وفى رواية لكل واحد منهما ما تحت خشبه ثم قيل ما بين الخشب الى الخشب بينهما وقيل على قدر خشبهما والقياس أن يكون بينهما نصفين لانه لا معتبر بالكثرة فى نفس الحجة وجه الثانى أن الاستعمال من كل واحد بقدر خشبته ووجه الاول أن الحائط يبنى لوضع كثير الجذوع دون الواحد والمثنى فكان الظاهر شاهدا لصاحب الكثير الا أنه يبقى له حق الوضع لان الظاهر ليس بحجة فى استحقاق يده (ولو كان لاحدهما جذوع وللآخر اتصال فالاول أولى) ويروى أن الثانى أولى وجه الاول أن لصاحب الجذوع التصرف ولصاحب الاتصال اليد والتصرف أقوى ووجه الثانى أن الحائطين بالاتصال يصيران كبناء واحد ومن ضرورة القضاء له ببعضه القضاء بكله ثم يبقى للآخر حق وضع جذوعه لما قلنا وهذه رواية الطحاوى وصححها الجرجانى قال (واذا كانت دار منها فى يد رجل عشرة أبيات وفى يد آخر بيت فالساحة بينهما نصفان) لاستوائهما فى استعمالها وهو المرور فيها قال (واذا ادعى رجلان أرضا) يعنى يدعى كل واحد منهما (أنها فى يده لم يقض أنها فى يد واحد منهما حتى يقيما البينة أنها فى أيديهما) لان اليد فيها غير مشاهدة لتعذر احضارها وما غاب عن علم القاضى فالبينة تثبته (وان أقام أحدهما البينة جعلت فى يده) لقيام الحجة لان اليد حق مقصود (وان أقاما البينة جعلت فى أيديهما) لما بينا فلا تستحق لاحدهما من غير حجة (وان كان أحدهما قد لبن فى الارض أو بنى أو حفر فهى فى يده) لوجود التصرف والاستعمال فيها

﴿باب دعوى النسب﴾

قال (واذا باع جارية فجاءت بولد فادعاه البائع فان جاءت به لاقل من ستة أشهر من يوم باع فهو ابن للبائع وأمه أم ولد له) وفى القياس وهو قول زفر والشافعى رحمهما الله دعوته باطلة لان البيع اعتراف منه بأنه عبد فكان فى دعواه متناقضا ولا نسب بدون الدعوى وجه الاستحسان أن اتصال العلوق بملكه شهادة ظاهرة على كونه منه لان الظاهر عدم الزنا ومبنى النسب على الخفاء فيعفى فيه التناقض واذا صحت الدعوى استندت الى وقت العلوق فتبين أنه باع أم ولده فيفسخ البيع لان بيع أم الولد لا يجوز (ويرد الثمن) لانه قبضه بغير حق (وان ادعاه المشترى مع دعوة البائع أو بعده فدعوة البائع أولى) لانها أسبق لاستنادها الى وقت العلوق

وهذه دعوة استيلاد (وان جاءت به لاكثر من سنتين من وقت البيع لم تصح دعوة البائع) لانه لم يوجد اتصال العلوق بملكه تيقنا وهو الشاهد والحجة (الا اذا صدقه المشترى) فيثبت النسب ويحمل على الاستيلاد بالنكاح ولا يبطل البيع لانا تيقنا ان العلوق لم يكن فى ملكه فلا يثبت حقيقة العتق ولا حقه وهذه دعوة تحرير وغير المالك ليس من أهله (وان جاءت به لاكثر من ستة أشهر من وقت البيع ولاقل من سنتين لم تقبل دعوة البائع فيه الا ان يصدقه المشترى) لانه احتمل ان لا يكون العلوق فى ملكه فلم توجد الحجة فلا بد من تصديقه واذا صدقه يثبت النسب ويبطل البيع والولد حر والام أم ولد له كما فى المسئلة الاولى لتصادقهما واحتمال العلوق فى ملكه قال (فان مات الولد فادعاه البائع وقد جاءت به لاقل من ستة أشهر لم يثبت الاستيلاد فى الام) لانها تابعة للولد ولم يثبت نسبه بعد الموت لعدم حاجته الى ذلك فلا يتبعه استيلاد الام (وان ماتت الام فادعاه البائع وقد جاءت به لاقل من ستة أشهر يثبت النسب فى الولد وأخذه البائع) لان الولد هو الاصل فى النسب فلا يضره فوات التبع وانما كان الولد أصلا لانها تضاف اليه يقال أم الولد وتستفيد الحرية من جهته لقوله عليه السلام اعتقها ولدها والثابت لها حق الحرية وله حقيقتها والادنى يتبع الاعلى (ويرد الثمن كله فى قول أبى حنيفة رحمه الله وقالا يرد حصة الولد ولا يرد حصة الام) لانه تبين انه باع أم ولده وماليتها غير متقومة عنده فى العقد والغصب فلا يضمنها المشترى وعندهما متقومة فيضمنها وفى الجامع الصغير واذا حبلت الجارية فى ملك رجل فباعها فولدت فى يد المشترى فادعى البائع الولد وقد أعتق المشترى الام فهو ابنه يرد عليه بحصته من الثمن ولو كان المشترى انما أعتق الولد فدعواه باطلة ووجه الفرق ان الاصل فى هذا الباب الولد والام تابعة له على مامر وفى الفصل الاول قام المانع من الدعوة والاستيلاد وهو العتق فى التبع وهو الام فلا يمتنع ثبوته فى الاصل وهو الولد وليس من ضروراته كما فى ولد المغرور فانه حر وأمه أمة لمولاها وكما فى المستولدة بالنكاح وفى الفصل الثانى قام المانع بالاصل وهو الولد فيمتنع ثبوته فيه وفى التبع وانما كان الاعتاق مانعا لانه لا يحتمل النقض كحق استلحاق النسب وحق الاستيلاد فاستويا من هذا الوجه ثم الثابت من المشترى حقيقة الاعتاق والثابت فى الام حق الحرية وفى الولد للبائع حق الدعوة والحق لا يعارض الحقيقة والتدبير بمنزلة الاعتاق لانه لا يحتمل النقض وقد ثبت به بعض آثار الحرية وقوله فى الفصل الاول يرد عليه بحصته من الثمن قولهما وعنده يرد بكل الثمن هو الصحيح كما ذكرنا فى فصل الموت قال (ومن باع عبدا ولد عنده وباعه المشترى من آخر ثم ادعاه البائع الاول فهو ابنه ويبطل البيع) لان البيع يحتمل النقض وماله من حق الدعوة لا يحتمله فينقض البيع لاجله وكذا

اذا كاتب الولد أو رهنه أو آجره أو كاتب الام أو رهنها أو زوجها ثم كانت الدعوة لان هذه العوارض تحتمل النقض فينقض ذلك كله وتصح الدعوة بخلاف الاعتاق والتدبير على ما مر وبخلاف ما اذا ادعاه المشترى أولا ثم ادعاه البائع حيث لا يثبت النسب من البائع لان النسب الثابت من المشترى لا يحتمل النقض فصار كاعتاقه قال (ومن ادعى نسب أحد التوأمين ثبت نسبهما منه) لانهما من ماء واحد فمن ضرورة ثبوت نسب أحدهما ثبوت نسب الآخر وهذا لان التوأمين والدان بين ولادتهما أقل من ستة أشهر فلا يتصور علوق الثانى حادثا لانه لا حبل لاقل من ستة أشهر وفى الجامع الصغير اذا كان فى يده غلامان توأمان ولدا عنده فباع أحدهما وأعتقه المشترى ثم ادعى البائع الذى فى يده فهما ابناه وبطل عتق المشترى لانه لما ثبت نسب الولد الذى عنده لمصادفة العلوق والدعوة ملكه اذ المسئلة مفروضة فيه ثبت به حرية الاصل فيه فيثبت نسب الآخر وحريته الاصل فيه ضرورة لانهما توأمان فتبين ان عتق المشترى وشراءه لاقى حرية الاصل فبطل بخلاف ما اذا كان الولد واحدا لان هناك يبطل العتق فيه مقصودا لحق دعوة البائع وههنا ثبت تبعا لحريته فيه حرية الاصل فافترقا (وان لم يكن أصل العلوق فى ملكه ثبت نسب الولد الذى عنده ولا ينقض البيع فيما باع) لان هذه دعوة تحرير لانعدام شاهد الاتصال فيقتصر على محل ولايته قال (وان كان الصبى فى يد رجل فقال هو ابن عبدى فلان الغائب ثم قال هو ابنى لم يكن ابنه ابدا وان جحد العبد ان يكون ابنه) وهذا عند ابى حنيفة (وقالا اذا جحد العبد فهو ابن المولى) وعلى هذا الخلاف اذا قال هو ابن فلان ولد على فراشه ثم ادعاه لنفسه لهما ان الاقرار ارتد برد العبد فصار كان لم يكن الاقرار والاقرار بالنسب يرتد بالرد وان كان لا يحتمل النقض الا ترى انه يعمل فيه الاكراه والهزل فصار كما اذا أقر المشترى على البائع باعتاق المشترى فكذبه البائع ثم قال انا أعتقته يتحول الولاء اليه بخلاف ما اذا صدقه لانه يدعى بعد ذلك نسبا ثابتا من الغير وبخلاف ما اذا لم يصدقه ولم يكذبه لانه تعلق به حق المقر له على اعتبار تصديقه فيصير كولد الملاعنة فانه لا يثبت نسبه من غير الملاعن لان له ان يكذب نفسه ولابى حنيفة رحمه الله ان النسب مما لا يحتمل النقض بعد ثبوته والاقرار بمثله لا يرتد بالرد فبقى فتمتنع دعوته كمن شهد على رجل بنسب صغير فردت شهادته لتهمة ثم ادعاه لنفسه وهذا لانه تعلق به حق المقر له على اعتبار تصديقه حتى لو صدقه بعد التكذيب يثبت النسب منه وكذا تعلق به حق الولد فلا يرتد برد المقر له ومسئلة الولاء على هذا الخلاف ولو سلم فالولاء قد يبطل باعتراض الاقوى كجر الولاء من جانب الام الى قوم الاب وقد اعترض على الولاء الموقوف ما هو أقوى وهو دعوى المشترى فيبطل به بخلاف النسب على ما مر وهذا يصلح مخرجا

على أصله فيمن يبيع الولد ويخاف عليه الدعوة بعد ذلك فيقطع دعواه اقراره بالنسب لغيره قال (واذا كان الصبى فى يد مسلم ونصرانى فقال النصرانى هو ابنى وقال المسلم هو عبدى فهو ابن النصرانى وهو حر) لان الاسلام مرجح فيستدعى تعارضا ولا تعارض لان نظر الصبى فى هذا أوفر لانه ينال شرف الحرية حالا وشرف الاسلام مآلا اذ دلائل الوحدانية ظاهرة وفى عكسه الحكم بالاسلام تبعا وحرمانه عن الحرية لانه ليس فى وسعه اكتسابها (ولو كانت دعوتهما دعوة البنوة فالمسلم أولى) ترجيحا للاسلام وهو أوفر النظرين قال (واذا ادعت امرأة صبيا انه ابنها لم تجز دعواها حتى تشهد امرأة على الولادة) ومعنى المسئلة ان تكون المرأة ذات زوج لانها تدعى تحميل النسب على الغير فلا تصدق الا بحجة بخلاف الرجل لانه يحمل نفسه النسب ثم شهادة القابلة كافية فيها لان الحاجة الى تعيين الولد اما النسب فيثبت بالفراش القائم وقد صح ان النبى عليه السلام قبل شهادة القابلة على الولادة (ولو كانت معتدة فلا بد من حجة تامة) عند أبى حنيفة رحمه الله وقد مر فى الطلاق وان لم تكن منكوحة ولا معتدة قالوا يثبت النسب منها بقولها لان فيه الزاما على نفسها دون غيرها (وان كان لها زوج وزعمت انه ابنها منه وصدقها الزوج فهو ابنهما وان لم تشهد امرأة) لانه التزم نسبه فاغنى ذلك عن الحجة (وان كان الصبى فى أيديهما وزعم الزوج انه ابنه من غيرها وزعمت انه ابنها من غيره فهو ابنهما) لان الظاهر ان الولد منهما لقيام ايديهما أو لقيام الفراش بينهما ثم كل واحد منهما يريد ابطال حق صاحبه فلا يصدق عليه وهو نظير ثوب فى يد رجلين يقول كل واحد منهما هو بينى وبين رجل آخر غير صاحبه يكون الثوب بينهما الا ان هناك يدخل المقر له فى نصيب المقر لان المحل يحتمل الشركة وههنا لا يدخل لان النسب لا يحتملها قال (ومن اشترى جارية فولدت ولدا عنده فاستحقها رجل غرم الاب قيمة الولد يوم يخاصم) لانه ولد المغرور فان المغرور من يطأ امرأة معتمدا على ملك يمين أو نكاح فتلد منه ثم تستحق وولد المغرور حر بالقيمة باجماع الصحابة رضى الله عنهم ولان النظر من الجانبين واجب فيجعل الولد حر الاصل فى حق أبيه رقيقا فى حق مدعيه نظرا لهما ثم الولد حاصل فى يده من غير صنعه فلا يضمنه الا بالمنع كما فى ولد المغصوبة فلهذا تعتبر قيمة الولد يوم الخصومة لانه يوم المنع (ولو مات الولد لا شئ على الاب) لانعدام المنع وكذا لو ترك مالا لان الارث ليس ببدل عنه والمال لابيه لانه حر الاصل فى حقه فيرثه (ولو قتله الاب يغرم قيمته) لوجود المنع (وكذا لو قتله غيره فاخذ ديته) لان سلامة بدله له كسلامته له ومنع بدله كمنعه فيغرم قيمته كما اذا كان حيا (ويرجع بقيمة الولد على بائعه) لانه ضمن له سلامته كما يرجع بثمنه بخلاف العقر لانه لزمه لاستيفاء منافعها فلا يرجع به على

البائع والله أعلم بالصواب

﴿كتاب الاقرار﴾

قال (واذا أقر الحر العاقل البالغ بحق لزمه اقراره مجهولا كان ما أقر به أو معلوما) اعلم أن الاقرار اخبار عن ثبوت الحق وانه ملزم لوقوعه دلالة الاترى كيف الزم رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم ماعزا الرجم باقراره وتلك المرأة باعترافها وهو حجة قاصرة لقصور ولاية المقر عن غيره فيقتصر عليه وشرط الحرية ليصح اقراره مطلقا فان العبد المأذون له وان كان ملحقا بالحر فى حق الاقرار لكن المحجور عليه لا يصح اقراره بالمال ويصح بالحدود والقصاص لان اقراره عهد موجبا لتعلق الدين برقبته وهى مال المولى فلا يصدق عليه بخلاف المأذون له لانه مسلط عليه من جهته بخلاف الحد والدم لانه مبقى على أصل الحرية فى ذلك حتى لا يصح اقرار المولى على العبد فيه ولا بد من البلوغ والعقل لان اقرار الصبى والمجنون غير لازم لانعدام أهلية الالتزام الا اذا كان الصبى مأذونا له لانه ملحق بالبالغ بحكم الاذن وجهالة المقر به لا تمنع صحة الاقرار لان الحق قد يلزمه مجهولا بان أتلف مالا لا يدرى قيمته أو يجرح جراحة لا يعلم ارشها أو تبقى عليه باقية حساب لا يحيط به علمه والاقرار اخبار عن ثبوت الحق فيصح به بخلاف الجهالة فى المقر له لان المجهول لا يصلح مستحقا (ويقال له بين المجهول) لان التجهيل من جهته فصار كما اذا أعتق أحد عبديه (فان لم يبين أجبره القاضى على البيان) لانه لزمه الخروج عما لزمه بصحيح اقراره وذلك بالبيان قال (فان قال لفلان على شئ لزمه ان يبين ماله قيمة) لانه أخبر عن الوجوب فى ذمته وما لا قيمة له لا يجب فيها فاذا بين غير ذلك يكون رجوعا قال (والقول قوله مع يمينه ان ادعى المقر له أكثر من ذلك) لانه هو المنكر فيه (وكذا اذا قال لفلان على حق) لما بينا وكذا لو قال غصبت منه شيأ ويجب ان يبين ما هو مال يجرى فيه التمانع تعويلا على العادة (ولو قال لفلان على مال فالمرجع اليه فى بيانه) لانه هو المجمل ويقبل قوله فى القليل والكثير) لان كل ذلك مال فانه اسم لما يتمول به (الا انه لا يصدق فى أقل من درهم) لانه لا يعد مالا عرفا (ولو قال مال عظيم لم يصدق فى أقل من مائتى درهم) لانه أقر بمال موصوف فلا يجوز الغاء الوصف والنصاب مال عظيم حتى اعتبر صاحبه غنيا به والغنى عظيم عند الناس وعن أبى حنيفة رحمه الله انه لا يصدق فى أقل من عشرة دراهم وهى نصاب السرقة لانه عظيم حيث تقطع به اليد المحترمة وعنه مثل جواب الكتاب وهذا اذا قال من الدراهم اما اذا قال من الدنانير فالتقدير فيها بالعشرين وفى الابل بخمس وعشرين لانه أدنى نصاب يجب فيه من جنسه وفى غير مال الزكاة بقيمة النصاب (ولو قال أموال عظام

فالتقدير بثلاثة نصب من أى فن سماه) اعتبار الادنى الجمع (ولو قال دراهم كثيرة لم يصدق فى أقل من عشرة) وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله (وعندهما لم يصدق فى أقل من مائتين) لان صاحب النصاب مكثر حتى وجب عليه مواساة غيره بخلاف مادونه وله ان العشرة أقصى ماينتهى اليه اسم الجمع يقال عشرة دراهم ثم يقال أحد عشر درهما فيكون هو الاكثر من حيث اللفظ فينصرف اليه (ولو قال دراهم فهى ثلاثة) لانها أقل الجمع الصحيح (الا ان يبين أكثر منها) لان اللفظ يحتمله وينصرف الى الوزن المعتاد (ولو قال كذا كذا درهما لم يصدق فى أقل من أحد عشر درهما) لانه ذكر عددين مبهمين ليس بينهما حرف العطف وأقل ذلك من المفسر أحد عشر (ولو قال كذا وكذا درهما لم يصدق فى أقل من أحد وعشرين) لانه ذكر عددين مبهمين بينهما حرف العطف وأقل ذلك من المفسر أحد وعشرون فيحمل كل وجه على نظيره (ولو قال كذا درهما فهو درهم) لانه تفسير للمبهم (ولو ثلث كذا بغير واو فاحد عشر) لانه لا نظير له سواه (وان ثلث بالواو فمائة واحد وعشرون وان ربع يزاد عليها ألف) لان ذلك نظيره قال (وان قال له على أو قبلى فقد أقر بالدين) لان على صيغة ايجاب وقبلى ينبئ عن الضمان على مامر فى الكفالة (ولو قال المقر هو وديعة ووصل صدق) لان اللفظ يحتمله مجازا حيث يكون المضمون عليه حفظه والمال محله فيصدق موصولا لا مفصولا قال رضى الله تعالى عنه وفى بعض نسخ المختصر فى قوله قبلى انه اقرار بالامانة لان اللفظ ينتظمهما حتى صار قوله لا حق لى قبل فلان ابراء عن الدين والامانة جميعا والامانة أقلهما والاول أصح (ولو قال عندى أو معى أو فى بيتى أو فى كيسى أو فى صندوقى فهو اقرار بامانة فى يده) لان كل ذلك اقرار بكون الشئ فى يده وذلك يتنوع الى مضمون وامانة فيثبت أقلهما وهو الامانة (ولو قال له رجل لى عليك ألف فقال اتزنها أو انتقدها أو أجلنى بها أو قد قضيتكها فهو اقرار) لان الهاء فى الاول والثانى كناية عن المذكور فى الدعوى فكانه قال اتزن الالف التى لك على حتى لو لم يذكر حرف الكناية لا يكون اقرارا لعدم انصرافه الى المذكور والتأجيل انما يكون فى حق واجب والقضاء يتلو الوجوب ودعوى الابراء كالقضاء لما بينا وكذا دعوى الصدقة والهبة لان التمليك يقتضى سابقة الوجوب وكذا لو قال أحلتك بها على فلان لانه تحويل الدين قال (ومن أقر بدين مؤجل فصدقه المقر له فى الدين وكذبه فى التأجيل لزمه الدين حالا) لانه أقر على نفسه بمال وادعى حقا لنفسه فصار كما اذا أقر بعبد فى يده وادعى الاجارة بخلاف الاقرار بالدراهم السود لانه صفة فيه وقد مرت المسئلة فى الكفالة قال (ويستحلف المقر له على الاجل) لانه منكر حقا عليه واليمين على المنكر (وان قال له على مائة ودرهم لزمه كلها دراهم ولو قال مائة وثوب لزمه ثوب واحد والمرجع فى تفسير المائة

اليه) وهو القياس فى الاول وبه قال الشافعى رحمه الله لان المائه مبهمة والدرهم معطوف عليها بالواو العاطفه لا تفسير لها فبقيت المائة على ابهامها كما فى الفصل الثانى وجه الاستحسان وهو الفرق انهم استثقلوا تكرار الدرهم فى كل عدد واكتفوا بذكره عقيب العددين وهذا فيما يكثر استعماله وذلك عند كثرة الوجوب بكثرة أسبابه وذلك فى الدراهم والدنانير والمكيل والموزون أما الثياب وما لا يكال ولا يوزن فلا يكثر وجوبها فبقى على الحقيقة (وكذا اذا قال مائة وثوبان) لما بينا (بخلاف ما اذا قال مائة وثلاثة أثواب) لانه ذكر عددين مبهمين واعقبها تفسيرا اذ الاثواب لم تذكر بحرف العطف فانصرف اليهما لاستوائهما فى الحاجة الى التفسير فكانت كلها ثيابا قال (ومن أقر بتمر فى قوصرة لزمه التمر والقوصرة) وفسره فى الاصل بقوله غصبت تمرا فى قوصرة ووجهه أن القوصرة وعاء وظرف له وغصب الشئ وهو مظروف لا يتحقق بدون الظرف فيلزمانه وكذا الطعام فى السفينة والحنطة فى الجوالق بخلاف ما اذا قال غصبت تمرا من قوصرة لان كلمة من للانتزاع فيكون اقرارا بغصب المنزوع قال (ومن أقر بدابة فى اصطبل لزمه الدابة خاصة) لان الاصطبل غير مضمون بالغصب عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله وعلى قياس قول محمد رحمه الله يضمنهما ومثله الطعام فى البيت قال (ومن أقر لغيره بخاتم لزمه الحلقة والفص) لان اسم الخاتم يشمل الكل (ومن أقر له بسيف فله النصل والجفن والحمائل) لان الاسم ينطوى على الكل (ومن أقر بحجلة فله العيدان والكسوة) لانطلاق الاسم على الكل عرفا (وان قال غصبت ثوبا فى منديل لزماه جميعا) لانه ظرف لان الثوب يلف فيه (وكذا لو قال على ثوب فى ثوب) لانه ظرف بخلاف قوله درهم فى درهم حيث يلزمه واحد لانه ضرب لا ظرف (وان قال ثوب فى عشرة أثواب لم يلزمه الا ثوب واحد عند أبى يوسف رحمه الله وقال محمد لزمه أحد عشر ثوبا) لان النفيس من الثياب قد يلف فى عشرة أثواب فامكن حمله على الظرف ولابى يوسف أن حرف فى يستعمل فى البين والوسط أيضا قال الله تعالى فادخلى فى عبادى أى بين عبادى فوقع الشك والاصل براءة الذمم على أن كل ثوب موعى وليس بوعاء فتعذر حمله على الظرف فتعين الاول محملا (ولو قال لفلان على خمسة فى خمسة يريد الضرب والحساب لزمه خمسة) لان الضرب لا يكثر المال وقال الحسن رحمه الله يلزمه خمسة وعشرون وقد ذكرناه فى الطلاق (ولو قال أردت خمسة مع خمسة لزمه عشرة) لان اللفظ يحتمله (ولو قال له على من درهم الى عشرة أو قال ما بين درهم الى عشرة لزمه تسعة عند أبى حنيفة رحمه الله فيلزمه

الابتداء وما بعده وتسقط الغاية وقالا يلزمه العشرة كلها) فتدخل الغايتان وقال زفر رحمه الله يلزمه ثمانية ولا تدخل الغايتان (ولو قال له من داري ما بين هذا الحائط الى هذا الحائط فله ما بينهما وليس له من الحائطين شئ) وقد مرت الدلائل في الطلاق ﴿فصل﴾ قال (ومن قال لحمل فلانة على ألف درهم فان قال أوصى له فلان أو مات أبوه فورثه فالاقرار صحيح) لانه أقر بسبب صالح لثبوت الملك له (ثم اذا جاءت به حيا في مدة يعلم أنه كان قائما وقت الاقرار لزمه وان جاءت به ميتا فالمال للموصي والمورث حتى يقسم بين ورثته) لانه اقرار في الحقيقة لهما وانما ينتقل الى الجنين بعد الولادة ولم ينتقل (ولو جاءت بولدين حيين فالمال بينهما ولو قال المقر باعني أو أقرضني لم يلزمه شئ) لانه بين مستحيلا قال (فان أبهم الاقرار لم يصح عند أبي يوسف رحمه الله وقال محمد رحمه الله يصح) لان الاقرار من الحجج فيجب اعماله وقد أمكن بالحمل على السبب الصالح ولابي يوسف رحمه الله ان الاقرار مطلقه ينصرف الى الاقرار بسبب التجارة ولهذا حمل اقرار العبد المأذون واحد المتفاوضين عليه فيصير كما اذا صرح به قال (ومن أقر بحمل جارية أو حمل شاة لرجل صح اقراره ولزمه) لان له وجها صحيحا وهو الوصية به من جهة غيره فحمل عليه قال (ومن أقر بشرط الخيار بطل الشرط) لان الخيار للفسخ والاخبار لا يحتمله (ولزمه المال) لوجود الصيغة الملزمة ولم تنعدم بهذا الشرط الباطل والله أعلم

﴿باب الاستثناء وما في معناه﴾

قال (ومن استثنى متصلا باقراره صح الاستثناء ولزمه الباقي) لان الاستثناء مع الجملة عبارة عن الباقي ولكن لا بد من الاتصال (وسواء استثنى الاقل أو الاكثر فان استثنى الجميع لزمه الاقرار وبطل الاستثناء) لانه تكلم بالحاصل بعد الثنيا ولا حاصل بعده فيكون رجوعا وقد مر الوجه في الطلاق (ولو قال له على مائة درهم الا دينارا أو الا قفيز حنطة لزمه مائة درهم الا قيمة الدينار أو القفيز) وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله (ولو قال له على مائة درهم الا ثوبا لم يصح الاستثناء) وقال محمد رحمه الله لا يصح فيهما وقال الشافعي رحمه الله يصح فيهما) لمحمد ان الاستثناء ما لولاه لدخل تحت اللفظ وهذا لا يتحقق في خلاف الجنس وللشافعي رحمه الله انهما اتحدا جنسا من حيث المالية ولهما ان المجانسة في الاول ثابتة من حيث الثمنية وهذا في الدينار ظاهر والمكيل والموزون أوصافهما أثمان اما الثوب فليس بثمن أصلا ولهذا لا يجب بمطلق عقد المعاوضة وما يكون ثمنا صلح مقدرا بالدراهم فصار بقدره مستثنى من الدراهم وما لا يكون ثمنا لا يصلح مقدارا فبقي المستثنى من الدراهم مجهولا فلا يصح قال (ومن أقر بحق وقال ان شاء الله

متصلا)

متصلا) باقراره (لا يلزمه الاقرار) لان الاستثناء بمشيئة الله اما ابطال أو تعليق فان كان الاول فقد بطل وان كان الثانى فكذلك امالان الاقرار لا يحتمل التعليق بالشرط أولانه شرط لا يوقف عليه كما ذكرنا فى الطلاق بخلاف ما اذا قال لفلان على مائة درهم اذا مت أو اذا جاء رأس الشهر أو اذا أفطر الناس لانه فى معنى بيان المدة فيكون تأجيلا لا تعليقا حتى لو كذبه المقر له فى الاجل يكون المال حالا قال (ومن أقر بدار واستثنى بناءها لنفسه فللمقر له الدار والبناء) لان البناء داخل فى هذا الاقرار معنى لا لفظا والاستثناء تصرف فى الملفوظ والفص فى الخاتم والنخلة فى البستان نظير البناء فى الدار لانه يدخل فيه تبعا لا لفظا بخلاف ما اذا قال الا ثلثها أو الا بيتا منها لانه داخل فيه لفظا (ولو قال بناء هذه الدار لى والعرصة لفلان فهو كما قال) لان العرصة عبارة عن البقعة دون البناء فكانه قال بياض هذه الارض لفلان دون البناء بخلاف ما اذا قال مكان العرصة أرضا حيث يكون البناء للمقر له لان الاقرار بالارض اقرار بالبناء كالاقرار بالدار (ولو قال له على ألف درهم من ثمن عبد اشتريته منه ولم أقبضه فان ذكر عبدا بعينه قيل للمقر له ان شئت فسلم العبد وخذ الالف والا فلا شئ لك) قال وهذا على وجوه أحدها هذا وهو أن يصدقه ويسلم العبد وجوابه ما ذكر لان الثابت بتصادقهما كالثابت معاينة والثانى أن يقول المقر له العبد عبدك مابعتكه وانما بعتك عبدا غير هذا وفيه المال لازم على المقر لاقراره به عند سلامة لعبدله وقد سلم فلا يبالى باختلاف السبب بعد حصول المقصود والثالث ان يقول العبد عبدى ما بعتك وحكمه أن لا يلزم المقر شئ لانه ما أقر بالمال الا عوضا عن العبد فلا يلزمه دونه ولو قال مع ذلك انما بعتك غيره يتحالفان لان المقر يدعى تسليم من عينه والآخر ينكر والمقر له يدعى عليه الالف ببيع غيره والآخر ينكر فاذا تحالفا بطل المال هذا اذا ذكر عبدا بعينه (وان قال من ثمن عبد اشتريته ولم يعينه لزمه الالف ولا يصدق فى قوله ماقبضت عند أبى حنيفة وصل أم فصل) لانه رجوع فانه أقر بوجوب المال رجوعا الى كلمة على وانكاره القبض فى غير المعين ينافى الوجوب أصلا لان الجهالة مقارنة كانت أو طارئة بان اشترى عبدا ثم نسياه عند الاختلاط بامثاله توجب هلاك المبيع فيمتنع وجوب نقد الثمن واذا كان كذلك كان رجوعا فلا يصح وان كان موصولا وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله ان وصل صدق ولم يلزمه شئ وان فصل لم يصدق اذا أنكر المقر له أن يكون ذلك من ثمن عبد وان أقر انه باعه متاعا فالقول قول المقر ووجه ذلك أنه أقر بوجوب المال عليه وبين سببا وهو البيع فان وافقه الطالب فى السبب وبه لا يتأكد الوجوب الا بالقبض والمقر ينكره فيكون القول قوله وان كذبه فى السبب كان هذا من المقر بيانا مغيرا لان صدر كلامه للوجوب مطلقا وآخره يحتمل انتفاءه

على اعتبار عدم القبض والمغير يصح موصولا لا مفصولا (ولو قال ابتعت منه عينا الا انى لم اقبضه فالقول قوله) بالاجماع لانه ليس من ضرورة البيع القبض بخلاف الاقرار بوجوب الثمن قال (وكذا لو قال من ثمن خمر أو خنزير) ومعنى المسئلة اذا قال لفلان على ألف درهم من ثمن الخمر أو خنزير (لزمه الالف ولم يقبل تفسيره عند أبى حنيفة رحمه الله وصل أم فصل) لانه رجوع لان ثمن الخمر والخنزير لا يكون واجبا وأول كلامه للوجوب (وقالا اذا وصل لا يلزمه شئ) لانه بين بآخر كلامه أنه ما أراد به الايجاب وصار كما اذا قال فى آخره ان شاء الله قلنا ذلك تعليق وهذا ابطال (ولو قال له على ألف درهم من ثمن متاع أو قال أقرضنى ألف درهم ثم قال هى زيوف أو نبهرجة وقال المقر له جياد لزمه الجياد فى قول أبى حنيفة رحمه الله وقالا ان قال موصولا يصدق وان قال مفصولا لا يصدق) وعلى هذا الخلاف اذا قال هى ستوقة أو رصاص وعلى هذا اذا قال الا انها زيوف وعلى هذا اذا قال لفلان على ألف درهم زيوف من ثمن متاع لهما أنه بيان مغير فيصح بشرط الوصل كالشرط والاستثناء وهذا لان اسم الدراهم يحتمل الزيوف بحقيقته والستوقة بمجازه الا أن مطلقه ينصرف الى الجياد فكان بيانا مغيرا من هذا الوجه وصار كما اذا قال الا أنها وزن خمسة ولابى حنيفة رحمه الله ان هذا رجوع لان مطلق العقد يقتضى وصف السلامة عن العيب والزيافة عيب ودعوى العيب رجوع عن بعض موجبه وصار كما اذا قال بعتكه معيبا وقال المشترى بعتنيه سليما فالقول للمشترى لما بينا والستوقة ليست من الاثمان والبيع يرد على الثمن فكان رجوعا وقوله الا أنها وزن خمسة يصح استثناء لانه مقدار بخلاف الجودة لان استثناء الوصف لا يجوز كاستثناء البناء فى الدار بخلاف ما اذا قال على كر حنطة من ثمن عبد الا انها رديئة لان الرداءة نوع لا عيب فمطلق العقد لا يقتضى السلامة عنها وعن أبى حنيفة فى غير رواية الاصول فى القرض أنه يصدق فى الزيوف اذا وصل لان القرض يوجب رد مثل المقبوض وقد يكون زيفا كما فى الغصب ووجه الظاهر أن التعامل بالجياد فانصرف مطلقه اليها (ولو قال لفلان على ألف درهم زيوف ولم يذكر البيع والقرض قيل يصدق) بالاجماع لان اسم الدراهم يتناولها (وقيل لا يصدق) لان مطلق الاقرار ينصرف الى العقود لتعينها مشروعة لا الى الاستهلاك المحرم (ولو قال اغتصبت منه ألفا أو قال أودعنى ثم قال هى زيوف أو نبهرجة صدق وصل أم فصل) لان الانسان يغصب ما يجد ويودع ما يملك فلا مقتضى له فى الجياد ولا تعامل فيكون بيان النوع فيصح وان فصل ولهذا لو جاء راد المغصوب والوديعة بالمعيب كان القول قوله وعن أبى يوسف رحمه الله أنه لا يصدق فيه مفصولا اعتبارا بالقرض اذ القبض فيهما هو الموجب للضمان ولو قال هى ستوقة أو رصاص بعدما أقر بالغصب

والوديعة ووصل صدق وان فصل لم يصدق لان الستوقة ليست من جنس الدراهم لكن الاسم يتناولها مجازا فكان بيانا مغيرا فلا بد من الوصل (وان قال فى هذا كله الفا ثم قال الا أنه ينقص كذا لم يصدق وان وصل صدق) لان هذا استثناء المقدار والاستثناء يصح موصولا بخلاف الزيافة لانها وصف واستثناء الاوصاف لا يصح واللفظ يتناول المقدار دون الوصف وهو تصرف لفظى كما بينا ولو كان الفصل ضرورة انقطاع الكلام بانقطاع نفسه فهو واصل لعدم امكان الاحتراز عنه (ومن أقر بغصب ثوب ثم جاء بثوب معيب فالقول قوله) لان الغصب لا يختص بالسليم (ومن قال لآخر أخذت منك ألف درهم وديعة فهلكت فقال لا بل أخذتها غصبا فهو ضامن وان قال أعطيتها وديعة فقال لا بل غصبتها لم يضمن والفرق أن فى الفصل الاول أقر بسبب الضمان وهو الاخذ ثم ادعى ما يبرئه وهو الاذن والآخر ينكره فيكون القول له مع اليمين وفى الثانى أضاف الفعل الى غيره وذلك يدعى عليه سبب الضمان وهو الغصب فكان القول لمنكره مع اليمين والقبض فى هذا كالاخذ والدفع كالاعطاء فان قال قائل الاعطاء والدفع اليه لا يكون الا بقبضه فنقول قد يكون بالتخلية والوضع بين يديه ولو اقتضى ذلك فالمقتضى ثابت ضرورة فلا يظهر فى انعقاده سبب الضمان وهذا بخلاف ما اذا قال أخذتها منك وديعة وقال الآخر لا بل قرضا حيث يكون القول للمقر وان أقر بالاخذ لانهما توافقا هناك على ان الاخذ كان بالاذن الا أن المقر له يدعى سبب الضمان وهو القرض والآخر ينكره فافترقا (فان قال هذه الالف كانت وديعة لى عند فلان فأخذتها منه فقال فلان هى لى فانه يأخذها) لانه أقر باليد له وادعى استحقاقها عليه وهو ينكر فالقول للمنكر (ولو قال آجرت دابتى هذه فلانا فركبها وردها أو قال آجرت ثوبى هذا فلانا فلبسه ورده وقال فلان كذبت وهما لى فالقول قوله) وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله (وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله القول قول الذى أخذ منه الدابة أو الثوب) وهو القياس وهذا الخلاف الاعارة والاسكان (ولو قال خاط فلان ثوبى هذا بنصف درهم ثم قبضته وقال فلان الثوب ثوبى فهو على هذا الخلاف فى الصحيح) وجه القياس ما بيناه فى الوديعة وجه الاستحسان وهو الفرق أن اليد فى الاجارة والاعارة ضرورية تثبت ضرورة استيفاء المعقود عليه وهو المنافع فيكون عدما فيما وراء الضرورة فلا يكون اقرارا له باليد مطلقا بخلاف الوديعة لان اليد فيها مقصودة والايداع اثبات اليد قصدا فيكون الاقرار به اعترافا باليد للمودع ووجه آخر أن فى الاجارة والاعارة والاسكان أقر بيد ثابتة من جهته فيكون القول قوله فى كيفيته ولا كذلك فى مسئلة الوديعة لانه قال فيها كانت وديعة وقد تكون من غير صنعه حتى لو قال أودعتها كان على هذا الخلاف وليس مدار الفرق على ذكر

الاخذ فى طرف الوديعة وعدمه فى الطرف الآخر وهو الاجارة واختاها الا انه ذكر الاخذ فى
وضع الطرف الآخر وهو الاجارة فى كتاب الاقرار أيضا وهذا بخلاف ما اذا قال اقتضيت من
فلان ألف درهم كانت لى عليه أو أقرضته ألفا ثم أخذتها منه وأنكر المقر له حيث يكون القول
قوله لان الديون تقضى بامثالها وذلك انما يكون بقبض مضمون فاذا أقر بالاقتضاء فقد أقر
بسبب الضمان ثم ادعى تملكه عليه بما يدعيه عليه من الدين مقاصة والآخر ينكره أما ههنا
المقبوض عين ما ادعى فيه الاجارة وما أشبهها فافترقا ولو أقر أن فلانا زرع هذه الارض أو بنى
هذه الدار أو غرس هذا الكرم وذلك كله فى يد المقر فادعاها فلان وقال المقر لا بل ذلك كله لى
استعنت بك ففعلت أو فعلته باجر فالقول للمقر لانه ما أقر له باليد وانما أقر بمجرد فعل منه وقد
يكون ذلك فى ملك فى يد المقر وصار كما اذا قال خاط لى الخياط قميصى هذا بنصف درهم ولم يقل
قبضته منه لم يكن اقرارا باليد ويكون القول للمقر لانه أقر بفعل منه وقد يخيط ثوبا فى يد
المقر كذا هذا

﴿باب اقرار المريض﴾

واذا أقر الرجل فى مرض موته بديون وعليه ديون فى صحته وديون لزمته فى مرضه باسباب
معلومة فدين الصحة والدين المعروف الاسباب مقدم) وقال الشافعى رحمه الله دين المرض
ودين الصحة يستويان لاستواء سببهما وهو الاقرار الصادر عن عقل ودين ومحل الوجوب
الذمة المقابلة للحقوق فصار كانشاء التصرف مبايعة ومناكحة ولنا أن الاقرار لا يعتبر دليلا اذا
كان فيه ابطال حق الغير وفى اقرار المريض ذلك لان حق غرماء الصحة تعلق بهذا المال استيفاء
ولهذا منع من التبرع والمحاباة الا بقدر الثلث بخلاف النكاح لانه من الحوائج الاصلية وهو بمهر
المثل وبخلاف المبايعة بمثل القيمة لان حق الغرماء تعلق بالمالية لا بالصورة وفى حال الصحة
لم يتعلق حقهم بالمال لقدرته على الاكتساب فيتحقق التثمير وهذه حالة العجز وحالة المرض
حالة واحدة لانه حالة الحجر بخلاف حالتى الصحة والمرض لان الاولى حالة طلاق وهذه حالة عجز
فافترقا وانما تقدم الديون المعروفة الاسباب لانه لا تهمة فى ثبوتها اذ المعاين لا مرد له وذلك مثل
بدل مال ملكه أو استهلكه وعلم وجوبه بغير اقراره أو تزوج امرأة بمهر مثلها وهذا الدين مثل
دين الصحة لا يقدم أحدهما على الآخر لما بينا ولو أقر بعين فى يده لآخر لم يصح فى حق غرماء
الصحة لتعلق حقهم به ولا يجوز للمريض أن يقضى دين بعض الغرماء دون البعض لان فى ايثار
البعض ابطال حق الباقين وغرماء الصحة والمرض فى ذلك سواء الا اذا قضى ما استقرض فى
مرضه أو نقد ثمن ما اشترى فى مرضه وقد علم بالبينة قال (فاذا قضيت) يعنى الديون المقدمة

(وفضل شئ يصرف الى ما أقر به فى حالة المرض) لان الاقرار فى ذاته صحيح وانما رد فى حق غرماء الصحة فاذا لم يبق حقهم ظهرت صحته قال (فاذا لم يكن عليه ديون فى صحته جاز اقراره) لانه لم يتضمن ابطال حق الغير (وكان المقر له أولى من الورثة) لقول عمر رضى الله عنه اذا أقر المريض بدين جاز ذلك عليه فى جميع تركته ولان قضاء الدين من الحوائج الاصلية وحق الورثة يتعلق بالتركة بشرط الفراغ ولهذا تقدم حاجته فى التكفين قال (ولو أقر المريض لوارثه لا يصح الا أن يصدقه فيه بقية الورثة) وقال الشافعى رحمه الله فى أحد قوليه يصح لانه اظهار حق ثابت لترجح جانب الصدق فيه وصار كالاقرار لاجنبى وبوارث آخر وبوديعة مستهلكة للوارث ولنا قوله عليه السلام لا وصية لوارث ولا اقرار له بالدين ولانه تعلق حق الورثة بماله فى مرضه ولهذا يمنع من التبرع على الوارث أصلا ففى تخصيص البعض به ابطال حق الباقين ولان حالة المرض حالة الاستغناء والقرابة سبب التعلق الا أن هذا التعلق لم يظهر فى حق الاجنبى لحاجته الى المعاملة فى الصحة لانه لو انحجر عن الاقرار بالمرض يمتنع الناس عن المعاملة معه وقلما تقع المعاملة مع الوارث ولم يظهر فى حق الاقرار بوارث آخر لحاجته أيضا ثم هذا التعلق حق بقية الورثة فاذا صدقوه فقد ابطلوه فيصح اقراره (فان أقر لاجنبى جاز وان أحاط بماله) لما بينا والقياس أن لا يجوز الا فى الثلث لان الشرع قصر تصرفه عليه الا أنا نقول لما صح اقراره فى الثلث كان له التصرف فى ثلث الباقى لانه الثلث بعد الدين ثم وثم حتى يأتى على الكل قال (ومن أقر لاجنبى ثم قال هو ابنى ثبت نسبه منه وبطل اقراره له فان اقر لاجنبية ثم تزوجها لم يبطل اقراره لها) ووجه الفرق أن دعوة النسب تستند الى وقت العلوق فتبين أنه أقر لابنه فلا يصح ولا كذلك الزوجية لانها تقتصر على زمان التزوج فبقى اقراره لاجنبية قال (ومن طلق زوجته فى مرضه ثلاثا ثم أقر لها بدين ومات فلها الاقل من الدين ومن ميراثها منه) لانهما متهمان فيه لقيام العدة وباب الاقرار مسدود للورثة فلعله أقدم على هذا الطلاق ليصح اقراره لها زيادة على ميراثها ولا تهمة فى أقل الامرين فيثبت

(فصل) (ومن أقر بغلام يولد مثله لمثله وليس له نسب معروف أنه ابنه وصدقه الغلام ثبت نسبه منه وان كان مريضا) لان النسب مما يلزمه خاصة فيصح اقراره به وشرط أن يولد مثله لمثله كيلا يكون مكذبا فى الظاهر وشرط أن لا يكون له نسب معروف لانه يمنع ثبوته من غيره وانما شرط تصديقه لانه فى يد نفسه اذ المسئلة فى غلام يعبر عن نفسه بخلاف الصغير على ما مر من قبل ولا يمتنع بالمرض لان النسب من الحوائج الاصلية (ويشارك الورثة فى الميراث) لانه لما ثبت نسبه منه صار كالوارث المعروف فيشارك ورثته قال (ويجوز اقرار الرجل بالوالدين

الولد والزوجة والمولى) لانه أقر عا يلزمه وليس فيه تحميل النسب على الغير (ويقبل اقرار المرأة بالوالدين والزوج والمولى) لما بينا (ولا يقبل بالولد) لان فيه تحميل النسب على الغير وهو الزوج لان النسب منه (الا أن يصدقها الزوج) لان الحق له (أو تشهد بولادته قابلة) لان قول القابلة فى هذا مقبول وقد مر فى الطلاق وقد ذكرنا فى اقرار المرأة تفصيلا فى كتاب الدعوى ولا بد من تصديق هؤلاء ويصح التصديق فى النسب بعد موت المقر لان النسب يبقى بعد الموت وكذا يصح تصديق الزوجة لان حكم النكاح باق وكذا يصح تصديق الزوج بعد موتها لان الارث من أحكامه وعند أبى حنيفة رحمه الله لا يصح لان النكاح انقطع بالموت ولهذا لا يحل له غسلها عندنا ولا يصح التصديق على اعتبار الارث منه معدوم حالة الاقرار وانما يثبت بعد الموت والتصديق يستند الى أول الاقرار قال (ومن أقر بنسب من غير الوالدين والولد نحو الاخ والعم لا يقبل اقراره فى النسب) لان فيه حمل النسب على الغير (فان كان له وارث معروف قريب أو بعيد فهو أولى بالميراث من المقر له) لانه لم يثبت نسبه منه لا يزاحم الوارث المعروف (وان لم يكن له وارث استحق المقر له ميراثه) لان له ولاية التصرف فى مال نفسه عند عدم الوارث الا ترى أن له أن يوصى بجميعه عند عدم الوارث فيستحق جميع المال وان لم يثبت نسبه منه لما فيه من حمل النسب على الغير وليست هذه وصية حقيقة حتى ان من أقر بأخ ثم أوصى لآخر بجميع ماله كان للموصى له ثلث جميع المال خاصة ولو كان الاول وصية لاشتركا نصفين لكنه بمنزلته حتى لو أقر فى مرضه بأخ وصدقه المقر له ثم أنكر المقر قرابته ثم أوصى بماله كله لانسان كان المال للموصى له ولو لم يوص لاحد كان لبيت المال لان رجوعه صحيح لان النسب لم يثبت فبطل اقراره قال (ومن مات أبوه فاقر بأخ لم يثبت نسب أخيه) لما بينا (ويشاركه فى الميراث) لان اقراره تضمن شيئين حمل النسب على الغير ولا ولاية له عليه والاشتراك فى المال وله فيه ولاية فيثبت كالمشترى اذا أقر على البائع بالعتق لم يقبل اقراره عليه حتى لا يرجع عليه بالثمن ولكنه يقبل فى حق العتق قال (ومن مات وترك ابنين وله على آخر مائة درهم فاقر أحدهما أن أباه قبض منها خمسين لا شئ للمقر وللآخر خمسون) لان هذا اقرار بالدين على الميت لان الاستيفاء انما يكون بقبض مضمون فاذا كذبه أخوه استغرق الدين نصيبه كما هو المذهب عندنا غاية الامر انهما تصادقا على كون المقبوض مشتركا بينهما لكن المقر لو رجع على القابض بشئ لرجع القابض على الغريم ورجع الغريم على المقر فيؤدى الى الدور والله سبحانه وتعالى أعلم

(كتاب الصلح)

قال

قال (الصلح على ثلاثة أضرب صلح مع اقرار وصلح مع سكوت وهو أن لا يقر المدعى عليه ولا ينكر وصلح مع انكار وكل ذلك جائز) لاطلاق قوله تعالى والصلح خير ولقوله عليه السلام كل صلح جائز فيما بين المسلمين الا صلحا أحل حراما أو حرم حلالا وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز مع انكار أو سكوت لما روينا وهذا بهذه الصفة لان البدل كان حلالا على الدافع حراما على الآخذ فينقلب الامر ولان المدعى عليه يدفع المال لقطع الخصومة عن نفسه وهذا رشوة ولنا ما تلونا وأول ما رويناه وتأويل آخره أحل حراما لعينه كالخمر أو حرم حلالا لعينه كالصلح على أن لا يطأ الضرة ولان هذا صلح بعد دعوى صحيحة فيقضى بجوازه لان المدعى يأخذه عوضا عن حقه في زعمه وهذا مشروع والمدعى عليه يدفعه لدفع الخصومة عن نفسه وهذا مشروع أيضا اذ المال وقاية الانفس ودفع الرشوة لدفع الظلم أمر جائز قال (وان وقع الصلح عن اقرار اعتبر فيه ما يعتبر في البياعات ان وقع عن مال بمال) لوجود معنى البيع وهو مبادلة المال بالمال في حق المتعاقدين بتراضيهما (فتجرى فيه الشفعة اذا كان عقارا ويرد بالعيب ويثبت فيه خيار الشرط والرؤية ويفسده جهالة البدل) لانها هي المفضية الى المنازعة دون جهالة المصالح عنه لانه يسقط ويشترط القدرة على تسليم البدل (وان وقع عن مال بمنافع يعتبر بالاجارات) لوجود معنى الاجارة وهو تمليك المنافع بمال والاعتبار في العقود لمعانيها فيشترط التوقيت فيها ويبطل الصلح بموت أحدهما في المدة لانه اجارة قال (والصلح عن السكوت والانكار في حق المدعى عليه لافتداء اليمين وقطع الخصومة وفي حق المدعى لمعنى المعاوضة) لما بينا (ويجوز أن يختلف حكم العقد في حقهما كما يختلف حكم الاقالة في حق المتعاقدين وغيرهما) وهذا في الانكار ظاهر وكذا في السكوت لانه يحتمل الاقرار والجحود فلا يثبت كونه عوضا في حقه بالشك قال (واذا صالح عن دار لم يجب فيها الشفعة) معناه اذا كان عن انكار أو سكوت لانه يأخذها على أصل حقه ويدفع المال دفعا لخصومة المدعى وزعم المدعى لا يلزمه بخلاف ما اذا صالح على دار حيث يجب فيها الشفعة لان المدعى يأخذها عوضا عن المال فكان معاوضة في حقه فتلزمه الشفعة باقراره وان كان المدعى عليه يكذبه قال (واذا كان الصلح عن اقرار واستحق بعض المصالح عنه رجع المدعى عليه بحصة ذلك من العوض) لانه معاوضة مطلقة كالبيع وحكم الاستحقاق في البيع هذا (وان وقع الصلح عن سكوت أو انكار فاستحق المتنازع فيه رجع المدعى بالخصومة ورد العوض) لان المدعى عليه ما بذل العوض الا ليدفع الخصومة عن نفسه فاذا ظهر الاستحقاق تبين أن لا خصومة له فيبقى العوض في يده غير مشتمل على غرضه فيسترده وان استحق بعض ذلك رد حصته ورجع بالخصومة فيه لانه خلا العوض في هذا القدر عن الغرض

ولو استحق المصالح عليه عن اقرار رجع بكل المصالح عنه لانه مبادلة وان استحق بعضه رجع بحصته وان كان الصلح عن انكار أو سكوت رجع الدعوى فى كله أو بقدر المستحق اذا استحق بعضه لان المبدل فيه هو الدعوى وهذا بخلاف ما اذا باع منه على الانكار شيأ حيث يرجع بالمدعى لان الاقدام على البيع اقرار منه بالحق له ولا كذلك الصلح لانه قد يقع لدفع الخصومة ولو هلك بدل الصلح قبل التسليم فالجواب فيه كالجواب فى الاستحقاق فى الفصلين قال (وان ادعى حقا فى دار ولم يبينه فصولح من ذلك ثم استحق بعض الدار لم يرد شيأ من العوض) لان دعواه يجوز أن يكون فيما بقى بخلاف ما اذا استحق كله لانه يعرى العوض عند ذلك عن شئ يقابله فيرجع بكله على ما قدمناه فى البيوع ولو ادعى دارا فصالحه على قطعة منها لم يصح الصلح لان ما قبضه من عين حقه وهو على دعواه فى الباقى والوجه فيه أحد امرين اما أن يزيد درهما فى بدل الصلح فيصير ذلك عوضا عن حقه فيما بقى أو يلحق به ذكر البراءة عن دعوى الباقى ﴿فصل﴾ (والصلح جائز عن دعوى الاموال) لانه فى معنى البيع على ما مر (والمنافع) لانها تملك بعقد الاجارة فكذا بالصلح والاصل فيه ان الصلح يجب حمله على أقرب العقود اليه واشبهها به احتيالا لتصحيح تصرف العاقد ما أمكن قال (و يصح عن جناية العمد والخطا) اما الاول فلقوله تعالى فمن عفى له من أخيه شئ فاتباع الآية قال ابن عباس رضى الله عنهما انها نزلت فى الصلح عن دم العمد وهو بمنزلة النكاح حتى ان ما صلح مسمى فيه صلح بدلا ههنا اذ كل واحد منهما مبادلة المال بغير المال الا ان عند فساد التسمية ههنا يصار الى الدية لانها موجب الدم ولو صالح على خمر لا يجب شئ لانه لا يجب بمطلق العفو وفى النكاح يجب مهر المثل فى الفصلين لانه الموجب الاصلى ويجب مع السكوت عنه حكما و يدخل فى اطلاق جواب الكتاب الجناية فى النفس وما دونها وهذا بخلاف الصلح عن حق الشفعة على مال حيث لا يصح لانه حق التملك ولا حق فى المحل قبل التملك اما القصاص فملك المحل فى حق الفعل فيصح الاعتياض عنه واذا لم يصح الصلح تبطل الشفعة لانه تبطل بالاعراض والسكوت والكفالة بالنفس بمنزلة حق الشفعة حتى لا يجب المال بالصلح عنه غير ان فى بطلان الكفالة روايتين على ما عرف فى موضعه وأما الثانى وهو جناية الخطا فلان موجبها المال فيصير بمنزلة البيع الا أنه لا تصح الزيادة على قدر الدية لانه مقدر شرعا فلا يجوز ابطاله فترد الزيادة بخلاف الصلح عن القصاص حيث تجوز الزيادة على قدر الدية لان القصاص ليس بمال وانما يتقوم بالعقد وهذا اذا صالح على أحد مقادير الدية اما اذا صالح على غير ذلك جاز لانه مبادلة بها الا أنه يشترط القبض فى المجلس كيلا يكون افتراقا عن دين بدين ولو قضى القاضى باحد مقاديرها فصالح على جنس آخر منها بالزيادة جاز لانه تعين الحق بالقضاء

فكانه

فكان مبادلة بخلاف الصلح ابتداء لان تراضيهما على بعض المقادير بمنزلة القضاء فى حق التعيين فلا تجوز الزيادة على ما تعين قال (ولا يجوز الصلح من دعوى حد) لانه حق الله تعالى لا حقه ولا يجوز الاعتياض عن حق غيره ولهذا لا يجوز الاعتياض اذا ادعت المرأة نسب ولدها لانه حق الولد لا حقها (وكذا لا يجوز الصلح عما اشرعه الى طريق العامة) لانه حق العامة فلا يجوز ان يصالح واحد على الانفراد عنه ويدخل فى اطلاق الجواب حد القذف لان المغلب فيه حق الشرع قال (واذا ادعى رجل على امرأة نكاحا وهى تجحد فصالحته على مال بذلته حتى يترك الدعوى جاز وكان فى معنى الخلع) لانه أمكن تصحيحه خلعا فى جانبه بناء على زعمه وفى جانبها بذلا للمال لدفع الخصومة قالوا ولا يحل له أن يأخذ فيما بينه وبين الله تعالى اذا كان مبطلا فى دعواه قال (وان ادعت امرأة نكاحا على رجل فصالحها على مال بذله لها جاز) قال رضى الله عنه هكذا ذكره فى بعض نسخ المختصر وفى بعضها قال لم يجز وجه الاول أن يجعل زيادة فى مهرها وجه الثانى انه بذل لها المال لتترك الدعوى فان جعل ترك الدعوى منها فرقة فالزوج لا يعطى العوض فى الفرقة وان لم يجعل فالحال على ما كان عليه قبل الدعوى فلا شئ يقابله العوض فلم يصح قال (وان ادعى على رجل انه عبده فصالحه على مال أعطاه جاز وكان فى حق المدعى بمنزلة الاعتاق على مال) لانه أمكن تصحيحه على هذا الوجه فى حقه لزعمه ولهذا يصح على حيوان فى الذمة الى أجل وفى حق المدعى عليه يكون لدفع الخصومة لانه يزعم أنه حر الاصل فجاز الا أنه لا ولاء له لانكار العبد الا أن يقيم البينة فتقبل ويثبت الولاء قال (واذا قتل العبد المأذون له رجلا عمدا لم يجز له أن يصالح عن نفسه وان قتل عبد له رجلا عمدا فصالح عنه جاز) ووجه الفرق أن رقبته ليست من تجارته ولهذا لا يملك التصرف فيه بيعا فكذا استخلاصا بمال المولى وصار كالاجنبى اما عبده فمن تجارته وتصرفه نافذ فيه بيعا فكذا استخلاصا وهذا لان المستحق كالزائل عن ملكه وهذا شراؤه فيملكه قال (ومن غصب ثوبا يهوديا قيمته دون المائة فاستهلكه فصالحه منها على مائة درهم جاز عند أبى حنيفة رحمه الله وقالا يبطل الفضل على قيمته بما لا يتغابن الناس فيه) لان الواجب هى القيمة وهى مقدرة فالزيادة عليها تكون ربا بخلاف ما اذا صالح على عرض لان الزيادة لا تظهر عند اختلاف الجنس وبخلاف ما يتغابن الناس فيه لانه يدخل تحت تقويم المقومين فلا يظهر الزيادة ولابى حنيفة رحمه الله ان حقه فى الهالك باق حتى لو كان عبدا وترك المولى أخذ القيمة يكون الكفن عليه أو حقه فى مثله صورة ومعنى لان ضمان العدوان بالمثل وانما ينتقل الى القيمة بالقضاء فقبله اذا تراضيا على الاكثر كان اعتياضا فلا يكون ربا بخلاف الصلح بعد القضاء لان الحق قد انتقل الى القيمة قال (واذا كان العبد بين

رجلين أعتقه أحدهما وهو موسر فصالحه الآخر على أكثر من نصف قيمته فالفضل باطل) وهذا بالاتفاق اما عندهما فلما بينا والفرق لابي حنيفة رحمه الله ان القيمة في العتق منصوص عليها وتقدير الشرع لا يكون دون تقدير القاضي فلا تجوز الزيادة عليه بخلاف ما تقدم لانها غير منصوص عليها (وان صالحه على عروض جاز) لما بينا أنه لا يظهر الفضل

﴿باب التبرع بالصلح والتوكيل به﴾

قال (ومن وكل رجلا بالصلح عنه فصالح لم يلزم الوكيل ما صالح عنه الا أن يضمنه والمال لازم للموكل) وتأويل هذه المسئلة اذا كان الصلح عن دم العمد أو كان الصلح على بعض ما يدعيه من الدين لانه اسقاط محض فكان الوكيل فيه سفيرا ومعبرا فلا ضمان عليه كالوكيل بالنكاح الا أن يضمنه لانه حينئذ هو مؤاخذ بعقد الضمان لا بعقد الصلح اما اذا كان الصلح عن مال بمال فهو بمنزلة البيع فترجع الحقوق الى الوكيل فيكون المطالب بالمال هو الوكيل دون الموكل قال (وان صالح عنه رجل بغير أمره فهو على أربعة أوجه ان صالح بمال وضمنه تم الصلح) لان الحاصل للمدعى عليه ليس الا البراءة وفي حقها الاجنبي والمدعى عليه سواء فصلح أصيلا فيه اذا ضمنه كالفضولي بالخلع اذا ضمن البدل ويكون متبرعا على المدعى عليه كما لو تبرع بقضاء الدين بخلاف ما اذا كان بامره ولا يكون لهذا المصالح شئ من المدعى وانما ذلك للذي في يده لان صحيحه بطريق الاسقاط ولا فرق في هذا بين ما اذا كان مقرا أو منكرا (وكذلك اذا قال صالحتك على ألفي هذه أو على عبدي هذا صح الصلح ولزمه تسليمه) لانه لما أضافه الى مال نفسه فقد التزم تسليمه فصح الصلح (وكذلك لو قال على ألف وسلمها) لان التسليم اليه يوجب سلامة العوض له فيتم العقد لحصول مقصوده (ولو قال صالحتك على ألف فالعقد موقوف فان أجازه المدعى عليه جاز ولزمه الالف وان لم يجزه بطل) لان الاصل في العقد انما هو المدعى عليه لان دفع الخصومة حاصل له الا أن الفضولي يصير أصيلا بواسطة اضافة الضمان الى نفسه فاذا لم يضفه بقي عاقدا من جهة المطلوب فيتوقف على اجازته قال رضي الله عنه ووجه آخر وهو أن يقول صالحتك على هذه الالف أو على هذا العبد ولم ينسبه الى نفسه لانه لما عينه للتسليم صار شارطا سلامته له فيتم بقوله ولو استحق العبد أو وجد به عيبا فرده فلا سبيل له على المصالح لانه التزم الايفاء من محل بعينه ولم يلتزم شيئا سواه فان سلم المحل له تم الصلح وان لم يسلم له لم يرجع عليه بشئ بخلاف ما اذا صالح على دراهم مسماة وضمنها ودفعها ثم استحقت أو وجدها زيوفا حيث يرجع عليه لانه جعل نفسه أصيلا في حق الضمان ولهذا يجبر على التسليم فاذا لم يسلم له ما سلمه يرجع عليه ببدله والله أعلم

﴿باب

﴿باب الصلح في الدين﴾

قال (وكل شئ وقع عليه الصلح وهو مستحق بعقد المداينة لم يحمل على المعاوضة وانما يحمل على انه استوفى بعض حقه واسقط باقيه كمن له على آخر ألف درهم فصالحه على خمسمائة وكمن له على آخر ألف جياد فصالحه على خمسمائة زيوف جاز وكانه ابرأه عن بعض حقه) وهذا لان تصرف العاقل يتحرى تصحيحه ما أمكن ولا وجه لتصحيحه معاوضة لافضائه الى الربا فجعل اسقاطا للبعض في المسئلة الاولى وللبعض والصفة في الثانية (ولو صالح على ألف مؤجلة جاز وكانه أجل نفس الحق) لانه لا يمكن جعله معاوضة لان بيع الدراهم بمثلها نسيئة لا يجوز فحملناه على التأخير (ولو صالحه على دنانير الى شهر لم يجز) لان الدنانير غير مستحقة بعقد المداينة فلا يمكن حمله على التأخير ولا وجه له سوى المعاوضة وبيع الدراهم بالدنانير نسيئة لا يجوز فلم يصح الصلح قال (ولو كانت له ألف مؤجلة فصالحه على خمسمائة حالة لم يجز) لان المعجل خير من المؤجل وهو غير مستحق بالعقد فيكون بازاء ما حطه عنه وذلك اعتياض عن الاجل وهو حرام (وان كان له ألف سود فصالحه على خمسمائة بيض لم يجز) لان البيض غير مستحقة بعقد المداينة وهي زائدة وصفا فيكون معاوضة الالف بخمسمائة وزيادة وصف وهو ربا بخلاف ما اذا صالح عن الالف البيض على خمسمائة سود حيث يجوز لانه اسقاط بعض حقه قدرا ووصفا وبخلاف ما اذا صالح على قدر الدين وهو أجود لانه معاوضة المثل بالمثل ولا معتبر بالصفة الا أنه يشترط القبض في المجلس ولو كان عليه ألف درهم ومائة دينار فصالحه على مائة درهم حالة أو الى شهر صح الصلح لانه أمكن ان يجعل اسقاطا للدنانير كلها والدراهم الا مائة وتأجيلا للباقي فلا يجعل معاوضة تصحيحا للعقد أولان معنى الاسقاط فيه ألزم قال (ومن له على آخر ألف درهم فقال اد الى غدا منها خمسمائة على انك بريء من الفضل ففعل فهو بريء فان لم يدفع اليه الخمسمائة غدا عاد عليه الالف وهو قول أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف رحمه الله لا يعود عليه) لانه ابراء مطلق ألا ترى انه جعل اداء الخمسمائة عوضا حيث ذكره بكلمة على وهي للمعاوضة والاداء لا يصلح عوضا لكونه مستحقا عليه فجرى وجوده مجرى عدمه فبقي الابراء مطلقا فلا يعود كما اذا بدأ بالابراء ولهما ان هذا ابراء مقيد بالشرط فيفوت بفواته لانه بدأ باداء الخمسمائة في الغد وانه يصلح غرضا حذار افلاسه أو توسلا الى تجارة اربح منه وكلمة على ان كانت للمعاوضة فهي محتملة للشرط لوجود معنى المقابلة فيه فيحمل عليه عند تعذر الحمل على المعاوضة تصحيحا لتصرفه أولانه متعارف والابراء مما يتقيد بالشرط وان كان لا يتعلق به كما في الحوالة وستخرج البداءة بالابراء ان شاء الله تعالى قال رضي الله عنه وهذه المسئلة على وجوه أحدها ما ذكرناه والثاني اذا قال صالحتك من الالف على خمسمائة تدفعها الى غدا وانت

برىء من الفضل على انك ان لم تدفعها الى غد فالالف عليك على حاله وجوابه ان الامر على ما قال لانه أتى بصريح التقييد فيعمل به والثالث اذا قال أبرأتك من خمسمائة من الالف على ان تعطيني الخمسمائة غدا فالابراء فيه واقع اعطى الخمسمائة أو لم يعط لانه أطلق الابراء أولا واداء الخمسمائة لا يصلح عوضا مطلقا ولكنه يصلح شرطا فوقع الشك فى تقييده بالشرط فلا يتقيد به بخلاف ما اذا بدأ باداء خمسمائة لان الابراء حصل مقرونا به فمن حيث انه لا يصلح عوضا يقع مطلقا ومن حيث انه يصلح شرطا لا يقع مطلقا فلا يثبت الاطلاق بالشك فافترقا والرابع اذا قال ادالى خمسمائة على انك برىء من الفضل ولم يؤقت للاداء وقتا وجوابه انه يصح الابراء ولا يعود الدين لان هذا ابراء مطلق لانه لما لم يؤقت للاداء وقتا لا يكون الاداء غرضا صحيحا لانه واجب عليه فى مطلق الازمان فلم يتقيد بل يحمل على المعاوضة ولا يصلح عوضا بخلاف ما تقدم لان الاداء فى الغد غرض صحيح والخامس اذا قال ان اديت الى خمسمائة أو قال اذا أديت أو متى أديت فالجواب فيه أنه لا يصح الابراء لانه علقه بالشرط صريحا وتعليق البراءة بالشروط باطل لما فيها من معنى التمليك حتى يرتد بالرد بخلاف ما تقدم لانه ما أتى بصريح الشرط فحمل على على التقييد به قال (ومن قال لآخر لا أقر لك بمالك حتى تؤخره عنى أو تحط عنى ففعل جاز عليه) لانه ليس بمكره ومعنى المسئلة اذا قال ذلك سرا أما اذا قال علانية يؤخذ به *(فصل فى الدين المشترك)* (واذا كان الدين بين شريكين فصالح أحدهما من نصيبه على ثوب فشريكه بالخيار ان شاء اتبع الذى عليه الدين بنصفه وان شاء أخذ نصف الثوب الا أن يضمن له شريكه ربع الدين) وأصل هذا أن الدين المشترك بين اثنين اذا قبض أحدهما شيأ منه فلصاحبه أن يشاركه فى المقبوض لانه ازداد بالقبض اذ مالية الدين باعتبار عاقبة القبض وهذه الزيادة راجعة الى أصل الحق فتصير كزيادة الولد والثمرة فله حق المشاركة ولكنه قبل المشاركة باق على ملك القابض لان العين غير الدين حقيقة وقد قبضه بدلا عن حقه فيملكه حتى ينفذ تصرفه فيه ويضمن لشريكه حصته والدين المشترك يكون واجبا بسبب متحد كثمن المبيع اذا كان صفقة واحدة وثمن المال المشترك والموروث بينهما وقيمة المستهلك المشترك فاذا عرفنا هذا فنقول فى مسئلة الكتاب له أن يتبع الذى عليه الاصل لان نصيبه باق فى ذمته لان القابض قبض نصيبه لكن له حق المشاركة وان شاء أخذ نصف الثوب لان له حق المشاركة الا أن يضمن له شريكه ربع الدين لان حقه فى ذلك قال (ولو استوفى أحدهما نصف نصيبه من الدين كان لشريكه أن يشاركه فيما قبض) لما قلنا (ثم يرجعان على الغريم بالباقى) لانهما لما اشتركا فى المقبوض لابد أن يبقى الباقى على الشركة قال (ولو اشترى أحدهما بنصيبه من الدين سلعة كان لشريكه أن يضمنه ربع الدين) لانه صار قابضا حقه بالمقاصة كملا لان مبنى البيع على

المماكسة بخلاف الصلح لان مبناه على الاغماض والحطيطة فلو الزمناه دفع ربع الدين يتضرر فيتخير القابض كما ذكرناه ولا سبيل للشريك على الثوب فى البيع لانه ملكه بعقده والاستيفاء بالمقاصة بين ثمنه وبين الدين وللشريك أن يتبع الغريم فى جميع ماذكرنا لان حقه فى ذمته باق لان القابض استوفى نصيبه حقيقة لكن له حق المشاركة فله أن لا يشاركه فلوسلم له ماقبض ثم توى ماعلى الغريم له أن يشارك القابض لانه انما رضى بالتسليم ليسلم له مافى ذمة الغريم ولم يسلم ولو وقعت المقاصة بدين كان عليه من قبل لم يرجع عليه الشريك لانه قاض بنصيبه لامقتض ولو أبرأه عن نصيبه فكذلك لانه اتلاف وليس بقبض ولو أبرأه عن البعض كانت قسمة الباقى على مابقى من السهام ولو أخر أحدهما عن نصيبه صح عند أبى يوسف رحمه الله اعتبارا بالابراء المطلق ولا يصح عندهما لانه يؤدى الى قسمة الدين قبل القبض ولو غصب أحدهما عينا منه أو اشتراه شراء فاسدا وهلك فى يده فهو قبض والاستئجار بنصيبه قبض وكذا الاحراق عند محمد رحمه الله خلافا لابى يوسف رحمه الله والتزوج به اتلاف فى ظاهر الرواية وكذا الصلح عليه عن جناية العمد قال (واذا كان السلم بين شريكين فصالح أحدهما عن نصيبه على رأس المال لم يجز عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف رحمه الله يجوز الصلح) اعتبارا بسائر الديون وبما اذا اشتريا عبدا فأقال أحدهما فى نصيبه ولهما أنه لو جاز فى نصيبه خاصة يكون قسمة الدين فى الذمة ولو جاز فى نصيبهما لابد من اجازة الآخر بخلاف شراء العين وهذا لان المسلم فيه صار واجبا بالعقد والعقد قام بهما فلا ينفرد أحدهما برفعه ولانه لو جاز لشاركه فى المقبوض فاذا شاركه فيه رجع المصالح على من عليه بذلك فيؤدى الى عود السلم بعد سقوطه قالوا هذا اذا خلطا رأس المال فان لم يكونا قد خلطاه فعلى الوجه الاول هو على الخلاف وعلى الوجه الثانى هو على الاتفاق

﴿فصل فى التخارج﴾ قال (واذا كانت الشركة بين ورثة فاخرجوا أحدهم منها بمال أعطوه اياه والتركة عقار أو عروض جاز قليلا كان ما أعطوه أو كثيرا) لانه أمكن تصحيحه بيعا وفيه أثر عثمان رضى الله عنه فانه صالح تماضر الاشجعية امرأة عبد الرحمن بن عوف عن ربع ثمنها على ثمانين ألف دينار قال (وان كانت التركة فضة فاعطوه ذهبا أو كان ذهبا فاعطوه فضة فكذلك) لانه بيع الجنس بخلاف الجنس فلا يعتبر التساوى ويعتبر التقابض فى المجلس لانه صرف غير أن الذى فى يده بقية التركة ان كان جاحدا يكتفى بذلك القبض لانه قبض ضمان فينوب عن قبض الصلح وان كان مقرا لابد من تجديد القبض لانه قبض أمانة فلا ينوب عن قبض الصلح وان كانت التركة ذهبا وفضة وغير ذلك فصالحوه على فضة أو ذهب فلابد أن يكون ما أعطوه أكثر من

نصيبه من ذلك الجنس حتى يكون نصيبه بمثله والزيادة بحقه من بقية التركة احترازا عن الربا ولابد من التقابض فيما يقابل نصيبه من الذهب والفضة لانه صرف فى هذا القدر ولو كان بدل الصلح عرضا جاز مطلقا لعدم الربا ولو كان فى التركة دراهم ودنانير وبدل الصلح دراهم ودنانير أيضا جاز الصلح كيفما كان صرفا للجنس الى خلاف الجنس كما فى البيع لكن يشترط التقابض للصرف قال (وان كان فى التركة دين على الناس فادخلوه فى الصلح على أن يخرجوا المصالح عنه ويكون الدين لهم فالصلح باطل) لان فيه تمليك الدين من غير من عليه وهو حصة المصالح (وان شرطوا أن يبرأ الغرماء منه ولا يرجع عليهم بنصيب المصالح فالصلح جائز) لانه اسقاط وهو تمليك الدين ممن عليه الدين وهو جائز وهذه حيلة الجواز واخرى أن يعجلوا قضاء نصيبه متبرعين وفى الوجهين ضرر لبقية الورثة والاوجه أن يقرضوا المصالح مقدار نصيبه ويصالحوا عما وراء الدين ويحيلهم على استيفاء نصيبه من الغرماء ولو لم يكن فى التركة دين وأعيانها غير معلومة والصلح على المكيل والموزون قيل لا يجوز لاحتمال الربا وقيل يجوز لانه شبهة الشبهة ولو كانت التركة غير المكيل والموزون لكنها أعيان غير معلومة قيل لا يجوز لكونه بيعا اذ المصالح عنه عين والاصح أنه يجوز لانها تفضى الى المنازعة لقيام المصالح عنه فى يد البقية من الورثة وان كان على الميت دين مستغرق لا يجوز الصلح ولا القسمة لان التركة لم يتملكها الوارث وان لم يكن مستغرقا لا ينبغى أن يصالحوا ما لم يقضوا دينه فتقدم جهة الميت ولو فعلوا قالوا يجوز وذكر الكرخى رحمه الله فى القسمة انها لا تجوز استحسانا وتجوز قياسا

(كتاب المضاربة)

المضاربة مشتقة من الضرب فى الارض سمى بها لان المضارب يستحق الربح بسعيه وعمله وهى مشروعة للحاجة اليها فان الناس بين غنى بالمال غبى عن التصرف فيه وبين مهتد فى التصرف صفر اليد عنه فمست الحاجة الى شرع هذا النوع من التصرف لينتظم مصلحة الغبى والذكى والفقير والغنى وبعث النبى صلى الله عليه وسلم والناس يباشرونه فقررهم عليه وتعاملت به الصحابة ثم المدفوع الى المضارب أمانة فى يده لانه قبضه بأمر مالكه لا على وجه البدل والوثيقة وهو وكيل فيه لانه يتصرف فيه بامر مالكه واذا ربح فهو شريك فيه لتملكه جزأ من المال بعمله فاذا فسدت ظهرت الاجارة حتى استوجب العامل أجر مثله واذا خالف كان غاصبا لوجود التعدى منه على مال غيره قال (المضاربة عقد على الشركة بمال من أحد الجانبين) ومراده الشركة فى الربح وهو يستحق بالمال من أحد الجانبين (والعمل من الجانب الآخر) ولا مضاربة

بدونها الا ترى أن الربح لو شرط كله لرب المال كان بضاعة ولو شرط جميعه للمضارب كان قرضا
قال (ولا تصح الا بالمال الذى تصح به الشركة) وقد تقدم بيانه من قبل ولو دفع اليه عرضا
وقال بعه واعمل مضاربة فى ثمنه جاز لانه يقبل الاضافة من حيث انه توكيل واجارة فلا مانع
من الصحة وكذا اذا قال له اقبض مالى على فلان واعمل به مضاربة جاز لما قلنا بخلاف ما اذا
قال له اعمل بالدين الذى فى ذمتك حيث لا تصح المضاربة لان عند أبى حنيفة رحمه الله لا يصح
هذا التوكيل على ما مر فى البيوع وعندهما يصح لكن يقع الملك فى المشترى للآمر فيصير
مضاربة بالعرض قال (ومن شرطها أن يكون الربح بينهما مشاعا لا يستحق أحدهما دراهم
مسماة) من الربح لان شرط ذلك يقطع الشركة بينهما ولا بد منها كما فى عقد الشركة قال (فان
شرط زيادة عشرة فله أجر مثله) لفساده فلعله لا يربح الا هذا القدر فتنقطع الشركة فى الربح
وهذا لانه ابتغى عن منافعه عوضا ولم ينل لفساده والربح لرب المال لانه نماء ملكه وهذا هو
الحكم فى كل موضع لم تصح المضاربة ولا تجاوز بالاجر القدر المشروط عند أبى يوسف خلافا
لمحمد رحمهما الله كما بينا فى الشركة ويجب الاجر وان لم يربح فى رواية الاصل لان أجر الاجير
يجب بتسليم المنافع أو العمل وقد وجد وعن أبى يوسف رحمه الله أنه لا يجب اعتبارا بالمضاربة
الصحيحة مع انها فوقها والمال فى المضاربة الفاسدة غير مضمون بالهلاك اعتبارا بالصحيحة
ولانه عين مستأجرة فى يده وكل شرط يوجب جهالة فى الربح يفسده لاختلال مقصوده وغير
ذلك من الشروط الفاسدة لا يفسدها ويبطل الشرط كاشتراط الوضيعة على المضارب قال (ولا بد
أن يكون المال مسلما الى المضارب ولا يد لرب المال فيه) لان المال امانة فى يده فلا بد من التسليم
اليه وهذا بخلاف الشركة لان المال فى المضاربة من أحد الجانبين والعمل من الجانب الآخر
فلا بد من أن يخلص المال للعامل ليتمكن من التصرف فيه اما العمل فى الشركة من الجانبين
فلو شرط خلوص اليد لاحدهما لم تنعقد الشركة وشرط العمل على رب المال مفسد للعقد لانه
يمنع خلوص يد المضارب فلا يتمكن من التصرف فلا يتحقق المقصود سواء كان المالك عاقدا
أو غير عاقد كالصغير لان يد المالك ثابتة له وبقاء يده يمنع التسليم الى المضارب وكذا أحد
المتفاوضين وأحد شريكى العنان اذا دفع المال مضاربة وشرط عمل صاحبه لقيام الملك له فان
لم يكن عاقدا واشتراط العمل على العاقد مع المضارب وهو غير مالك يفسده ان لم يكن من أهل
المضاربة فيه كالمأذون بخلاف الاب والوصى لانهما من أهل أن يأخذا مال الصغير مضاربة
بأنفسهما فكذا اشتراطه عليهما بجزء من المال قال (واذا صحت المضاربة مطلقة جاز للمضارب
أن يبيع ويشترى ويوكل ويسافر ويبضع ويودع) لاطلاق العقد والمقصود منه الاسترباح ولا يتحصل

الا بالتجارة فينتظم العقد صنوف التجارة وما هو من صنيع التجار والتوكيل من صنيعهم وكذا الايداع والابضاع والمسافرة الا ترى أن المودع له أن يسافر فالمضارب أولى كيف وان للفظ دليل عليه لانها مشتقة من الضرب فى الارض وهو السير وعن أبى يوسف أنه ليس له أن يسافر وعنه وعن أبى حنيفة رحمهما الله انه ان دفع فى بلده ليس له أن يسافر به لانه تعريض على الهلاك من غير ضرورة وان دفع فى غير بلده له أن يسافر الى بلده لانه هو المراد فى الغالب والظاهر ما ذكر فى الكتاب قال (ولا يضارب الا أن يأذن له رب المال أو يقول له اعمل برأيك) لان الشئ لا يتضمن مثله لتساويهما فى القوة فلا بد من التنصيص عليه أو التفويض المطلق اليه وكان كالتوكيل فان الوكيل لا يملك أن يوكل غيره فيما وكله به الا اذا قيل له اعمل برأيك بخلاف الايداع والابضاع لانه دونه فيتضمنه وبخلاف الاقراض حيث لا يملكه وان قيل له اعمل برأيك لان المراد منه التعميم فيما هو من صنيع التجار وليس الاقراض منه وهو تبرع كالهبة والصدقة فلا يحصل له به الغرض وهو الربح لانه لا تجوز الزيادة عليه اما الدفع مضاربة فمن صنيعهم وكذا الشركة والخلط بمال نفسه فيدخل تحت هذا القول قال (وان خص له رب المال التصرف فى بلد بعينه أو فى سلعة بعينها لم يجز له أن يتجاوزها) لانه توكيل وفى التخصيص فائدة فيتخصص وكذا ليس له أن يدفعه بضاعة الى من يخرجها من تلك البلدة لانه لا يملك الاخراج بنفسه فلا يملك تفويضه الى غيره قال (فان خرج الى غير تلك البلدة فاشترى ضمن) وكان ذلك له وله ربحه لانه تصرف بغير أمره وان لم يشتر حتى رده الى الكوفة وهى التى عينها برئ من الضمان كالمودع اذا خالف فى الوديعة ثم ترك ورجع المال مضاربة على حاله لبقائه فى يده بالعقد السابق وكذا اذا رد بعضه واشترى ببعضه فى المصر كان المردود والمشترى فى المصر على المضاربة لما قلنا ثم شرط الشراء بها ههنا وهو رواية الجامع الصغير وفى كتاب المضاربة ضمنه بنفس الاخراج والصحيح ان بالشراء يتقرر الضمان لزوال احتمال الرد الى المصر الذى عينه أما الضمان فوجوبه بنفس الاخراج وانما شرط الشراء للتقرر لا لاصل الوجوب وهذا بخلاف ما اذا قال على أن تشترى فى سوق الكوفة حيث لا يصح التقييد لان المصر مع تباين اطرافه كبقعة واحدة فلا يفيد التقييد الا اذا صرح بالنهى بان قال اعمل فى السوق ولا تعمل فى غير السوق لانه صرح بالحجر والولاية اليه ومعنى التخصيص أن يقول له على أن تعمل كذا أو فى مكان كذا وكذا اذا قال خذ هذا المال تعمل به فى الكوفة لانه تفسير له أو قال فاعمل به فى الكوفة لان الفاء للوصل أو قال خذه بالنصف بالكوفة لان الباء للالصاق اما اذا قال خذ هذا المال واعمل به بالكوفة فله أن يعمل فيها وفى غيرها لان الواو للعطف فيصير بمنزلة المشورة ولو قال على أن تشترى من فلان وتبيع منه

صح التقييد لانه مفيد لزيادة الثقة به فى المعاملة بخلاف ما اذا قال على أن تشترى بها من أهل الكوفة أودفع مالا فى الصرف على أن يشترى به من الصيارفة و يبيع منهم فباع بالكوفة من غير أهلها أو من غير الصيارفة جاز لان فائدة الاول التقييد بالمكان وفائدة الثانى التقييد بالنوع وهذا هو المراد عرفا لا فيما وراء ذلك قال (وكذلك ان وقت للمضاربة وقتا بعينه يبطل العقد بمضيه) لانه توكيل فيتوقف بما وقته والتوقيت مفيد فانه تقييد بالزمان فصار كالتقييد بالنوع والمكان قال (وليس للمضارب أن يشترى من يعتق على رب المال لقرابة أوغيرها) لان العقد وضع لتحصيل الربح وذلك بالتصرف مرة بعد أخرى ولا يتحقق فيه لعتقه ولهذا لا يدخل فى المضاربة شراء مالا يملك بالقبض كشراء الخمر والشراء بالميتة بخلاف البيع الفاسد لانه يمكنه بيعه بعد قبضه فيتحقق المقصود قال (ولو فعل صار مشتريا لنفسه دون المضاربة) لان الشراء متى وجد نفاذا على المشترى نفذ عليه كالوكيل بالشراء اذا خالف قال (فان كان فى المال ربح لم يجز له أن يشترى من يعتق عليه) لانه يعتق عليه نصيبه و يفسد نصيب رب المال أو يعتق على الاختلاف المعروف فيمتنع التصرف فلا يحصل المقصود (وان اشتراهم ضمن مال المضاربة) لانه يصير مشتريا العبد لنفسه فيضمن بالنقد من مال المضاربة (وان لم يكن فى المال ربح جاز أن يشتريهم) لانه لا مانع من التصرف اذ لا شركة له فيه ليعتق عليه (فان زادت قيمتهم بعد الشراء عتق نصيبه منهم) لملكه بعض قريبه (ولم يضمن لرب المال شيئا) لانه لا صنع من جهته فى زيادة القيمة ولا فى ملكه الزيادة لان هذا شئ يثبت من طريق الحكم فصار كما اذا ورثه مع غيره (ويسعى العبد فى قيمة نصيبه منه) لانه احتبست ماليته عنده فيسعى فيه كما فى الوراثة قال (فان كان مع المضارب ألف بالنصف فاشترى بها جارية قيمتها ألف فوطئها فجاءت بولد يساوى ألفا فادعاه ثم بلغت قيمة الغلام ألفا وخمسمائة والمدعى موسر فان شاء رب المال استسعى الغلام فى ألف ومائتين وخمسين وان شاء أعتق) ووجه ذلك ان الدعوة صحيحة فى الظاهر حملا على فراش النكاح لكنه لم ينفذ لفقد شرطه وهو الملك لعدم ظهور الربح لان كل واحد منهما أعنى الام والولد مستحق برأس المال كالمال المضاربة اذا صار أعيانا كل عين منها يساوى رأس المال لا يظهر الربح كذا هذا فاذا ازدادت قيمة الغلام الآن ظهر الربح فنفذت الدعوة السابقة بخلاف ما اذا أعتق الولد ثم ازدادت القيمة لان ذلك انشاء العتق فاذا بطل لعدم الملك لا ينفذ بعد ذلك بحدوث الملك اما هذا فاخبار فجاز ان ينفذ عند حدوث الملك كما اذا أقر بحرية عبد غيره ثم اشتراه فاذا صحت الدعوة وثبت النسب عتق الولد لقيام ملكه فى بعضه ولا يضمن لرب المال شيأ من قيمة الولد لان عتقه ثبت بالنسب والملك والملك آخرهما فيضاف اليه ولا صنع له فيه وهذا

ضمان اعتاق فلابد من التعدى ولم يوجد (وله أن يستسعى الغلام) لانه احتبست ماليته عنده وله أن يعتق لان المستسعى كالمكاتب عند أبى حنيفة رحمه الله ويستسعيه فى ألف ومائتين وخمسين لان الالف مستحق برأس المال والخمسمائة ربح والربح بينهما فلهذا يسعى له فى هذا المقدار ثم اذا قبض رب المال الالف له أن يضمن المدعى نصف قيمة الام لان الالف المأخوذ لما استحق برأس المال لكونه مقدما فى الاستيفاء ظهر ان الجارية كلها ربح فتكون بينهما وقد تقدمت دعوة صحيحة لاحتمال الفراش الثابت بالنكاح وتوقف نفاذها لفقد الملك فاذا ظهر الملك نفذت تلك الدعوة وصارت الجارية أم ولد له ويضمن نصيب رب المال لان هذا ضمان تملك وضمان التملك لا يستدعى صنعا كما اذا استولد جارية بالنكاح ثم ملكها هو وغيره وراثة يضمن نصيب شريكه كذا هذا بخلاف ضمان الولد على ما مر

﴿باب المضارب يضارب﴾

قال (واذا دفع المضارب المال الى غيره مضاربة ولم يأذن له رب المال لم يضمن بالدفع ولا بتصرف المضارب الثانى حتى يربح فاذا ربح ضمن الاول لرب المال) وهذا رواية الحسن عن أبى حنيفة رحمه الله وقالا اذا عمل به ضمن ربح أو لم يربح وهذا ظاهر الرواية وقال زفر رحمه الله يضمن بالدفع عمل أو لم يعمل وهو رواية عن أبى يوسف رحمه الله لان المملوك له الدفع على وجه الايداع وهذا الدفع على وجه المضاربة ولهما ان الدفع ايداع حقيقة وانما يتقرر كونه للمضاربة بالعمل فكان الحال مراعى قبله ولابى حنيفة رحمه الله ان الدفع قبل العمل ايداع وبعده ابضاع والفعلان يملكهما المضارب فلا يضمن بهما الا انه اذا ربح فقد أثبت له شركة فى المال فيضمن كما لو خلطه بغيره وهذا اذا كانت المضاربة صحيحة فان كانت فاسدة لا يضمنه الاول وان عمل الثانى لانه أجير فيه وله أجر مثله فلا تثبت الشركة به ثم ذكر فى الكتاب يضمن الاول ولم يذكر الثانى وقيل ينبغى أن لا يضمن الثانى عند أبى حنيفة رحمه الله وعندهما يضمن بناء على اختلافهم فى مودع المودع وقيل رب المال بالخيار ان شاء ضمن الاول وان شاء ضمن الثانى بالاجماع وهو المشهور وهذا عندهما ظاهر وكذا عنده ووجه الفرق له بين هذه وبين مودع المودع ان المودع الثانى يقبضه لمنفعة الاول فلا يكون ضامنا اما المضارب الثانى يعمل فيه لنفع نفسه فجاز أن يكون ضامنا ثم ان ضمن الاول صحت المضاربة بين الاول وبين الثانى وكان الربح بينهما على ما شرطا لانه ظهر انه ملكه بالضمان من حين خالف بالدفع الى غيره لا على الوجه الذى رضى به فصار كما اذا دفع مال نفسه وان ضمن الثانى

رجع على الاول بالعقد لانه عامل له كما فى المودع ولانه مغرور من جهته فى ضمن العقد وتصح المضاربة والربح بينهما على ما شرطا لان اقرار الضمان على الاول فكانه ضمنه ابتداء ويطيب الربح للثانى ولا يطيب للاعلى لان الاسفل يستحقه بعمله ولا خبث فى العمل والاعلى يستحقه بملكه المستند باداء الضمان ولا يعرى عن نوع خبث قال (واذا دفع اليه رب المال مضاربة بالنصف وأذن له ان يدفعه الى غيره فدفعه بالثلث وقد تصرف الثانى وربح فان كان رب المال قال له على ان ما رزق الله فهو بيننا نصفان فلرب المال النصف وللمضارب الثانى الثلث وللمضارب الاول السدس) لان الدفع الى الثانى مضاربة قد صح لوجود الامر به من جهة المالك ورب المال شرط لنفسه نصف جميع ما رزق الله تعالى فلم يبق للاول الا النصف فينصرف تصرفه الى نصيبه وقد جعل من ذلك بقدر ثلث الجميع للثانى فيكون له فلم يبق الا السدس ويطيب لهما ذلك لان فعل الثانى واقع للاول كمن استؤجر على خياطة ثوب بدرهم فاستأجر غيره عليه بنصف درهم (وان كان قال له على ان ما رزقك الله فهو بيننا نصفان فللمضارب الثانى الثلث والباقى بين المضارب الاول ورب المال نصفان) لانه فوض اليه التصرف وجعل لنفسه نصف ما رزق الاول وقد رزق الثلثين فيكون بينهما بخلاف الاول لانه جعل لنفسه نصف جميع الربح فافترقا (ولو كان قال له فما ربحت من شئ فبينى وبينك نصفان وقد دفع الى غيره بالنصف فللثانى النصف والباقى بين الاول ورب المال) لان الاول شرط للثانى نصف الربح وذلك مفوض اليه من جهة رب المال فيستحقه وقد جعل رب المال لنفسه نصف ما ربح الاول ولم يربح الا النصف فيكون بينهما (ولو كان قال له على أن ما رزق الله تعالى فلى نصفه أو قال له فما كان له من فضل فبينى وبينك نصفان وقد دفع الى آخر مضاربة بالنصف فلرب المال النصف وللمضارب الثانى النصف ولا شئ للمضارب الاول) لانه جعل لنفسه نصف مطلق الفضل فينصرف شرط الاول النصف للثانى الى جميع نصيبه فيكون للثانى بالشرط ويخرج الاول بغير شئ كمن استؤجر ليخيط ثوبا بدرهم فاستأجر غيره ليخيطه بمثله (وان شرط للمضارب الثانى ثلثى الربح فلرب المال النصف وللمضارب الثانى النصف ويضمن المضارب الاول للثانى سدس الربح فى ماله) لانه شرط للثانى شيأ هو مستحق لرب المال فلم ينفذ فى حقه لما فيه من الابطال لكن التسمية فى نفسها صحيحة لكون المسمى معلوما فى عقد يملكه وقد ضمن له السلامة فيلزمه الوفاء به ولانه غره فى ضمن العقد وهو سبب الرجوع فلهذا يرجع عليه وهو نظير من استؤجر لخياطة ثوب بدرهم فدفعه الى من يخيطه بدرهم ونصف

﴿فصل﴾ قال (واذا شرط المضارب لرب المال ثلث الربح ولعبد رب المال ثلث الربح على أن

يعمل معه ولنفسه ثلث الربح فهو جائز) لان للعبد يدا معتبرة خصوصا اذا كان ماذونا له واشتراط العمل اذن له ولهذا لا يكون للمولى ولاية أخذ ما أودعه العبد وان كان محجورا عليه ولهذا يجوز بيع المولى من عبده المأذون له واذا كان كذلك لم يكن مانعا من التسليم والتخلية بين المال والمضارب بخلاف اشتراط العمل على رب المال لانه مانع من التسليم على ما مر واذا صحت المضاربة يكون الثلث للمضارب بالشرط والثلثان للمولى لان كسب العبد للمولى اذا لم يكن عليه دين وان كان عليه دين فهو للغرماء هذا اذا كان العاقد هو المولى (ولو عقد العبد المأذون عقد المضاربة مع أجنبي وشرط العمل على المولى لا يصح ان لم يكن عليه دين) لان هذا اشتراط العمل على المالك (وان كان على العبد دين صح عند أبي حنيفة رحمه الله) لان المولى بمنزلة الاجنبي عنده على ما عرف والله أعلم

﴿فصل في العزل والقسمة﴾ قال (واذا مات رب المال أو المضارب بطلت المضاربة) لانه توكيل على ما تقدم وموت الموكل يبطل الوكالة وكذا موت الوكيل ولا تورث الوكالة وقد مر من قبل وان ارتد رب المال عن الاسلام والعياذ بالله (ولحق بدار الحرب بطلت المضاربة) لان اللحوق بمنزلة الموت الا ترى انه يقسم ماله بين ورثته وقبل لحوقه يتوقف تصرف مضاربه عند أبي حنيفة رحمه الله لانه يتصرف له فصار كتصرفه بنفسه (ولو كان المضارب هو المرتد فالمضاربة على حالها) لان له عبارة صحيحة ولا توقف في ملك رب المال فبقيت المضاربة قال (فان عزل رب المال المضارب ولم يعلم بعزله حتى اشترى وباع فتصرفه جائز) لانه وكيل من جهته وعزل الوكيل قصدا يتوقف على علمه (وان علم بعزله والمال عروض فله ان يبيعها ولا يمنعه العزل من ذلك) لان حقه قد ثبت في الربح وانما يظهر بالقسمة وهي تبتنى على رأس المال وانما ينقض بالبيع قال (ثم لا يجوز ان يشتري بثمنها شيأ آخر) لان العزل انما لم يعمل ضرورة معرفة رأس المال وقد اندفعت حيث صار نقدا فيعمل العزل (فان عزله ورأس المال دراهم او دنانير وقد نضت لم يجز له ان يتصرف فيها) لانه ليس في أعمال عزله ابطال حقه في الربح فلا ضرورة قال رضي الله عنه وهذا الذي ذكره اذا كان من جنس رأس المال فان لم يكن بان كان دراهم ورأس المال دنانير او على القلب له ان يبيعها بجنس رأس المال استحسانا لان الربح لا يظهر الا به وصار كالعروض وعلى هذا موت رب المال ولحوقه بعد الردة في بيع العروض ونحوها قال (واذا افترقا وفي المال ديون وقد ربح المضارب فيه أجبره الحاكم على اقتضاء الديون) لانه بمنزلة الاجير والربح كالاجر له (وان لم يكن له ربح لم يلزمه الاقتضاء) لانه وكيل محض والمتبرع لا يجبر على ايفاء ما تبرع به (ويقال له وكل رب المال في الاقتضاء) لان حقوق العقد ترجع الى

العاقد فلا بد من توكيله وتوكله كيلا يضيع حقه وقال فى الجامع الصغير يقال له أحل مكان قوله وكل والمراد منه الوكالة وعلى هذا سائر الوكالات والبياع والسمسار يجبران على التقاضى لانهما يعملان باجرة عادة قال (وماهلك من مال المضاربة فهو من الربح دون رأس المال) لان الربح تابع وصرف الهلاك على ماهو التبع أولى كما يصرف الهلاك الى العفو فى الزكاة (فان زاد الهالك على الربح فلا ضمان على المضارب) لانه أمين (وان كانا يقتسمان الربح والمضاربة بحالها ثم هلك المال بعضه أو كله ترادا الربح حتى يستوفى رب المال رأس المال) لان قسمة الربح لا تصح قبل استيفاء رأس المال لانه هو الاصل وهذا بناء عليه وتبع له فاذا هلك ما فى يد المضارب امانة تبين ان ما استوفياه من رأس المال فيضمن المضارب ما استوفاه لانه أخذه لنفسه وما أخذه رب المال محسوب من رأس ماله (واذا استوفى رأس المال فان فضل شئ كان بينهما لانه ربح وان نقص فلا ضمان على المضارب) لما بينا (فلو اقتسما الربح وفسخا المضاربة ثم عقداها فهلك المال لم يترادا الربح الاول) لان المضاربة الاولى قد انتهت والثانية عقد جديد فهلاك المال فى الثانى لا يوجب انتقاض الاول كما اذا دفع اليه مالا آخر

﴿فصل فيما يفعله المضارب﴾ قال (ويجوز للمضارب أن يبيع ويشترى بالنقد والنسيئة) لان كل ذلك من صنيع التجار فينتظمه اطلاق العقد الا اذا باع الى أجل لا يبيع التجار اليه لان له الامر العام المعروف بين الناس ولهذا كان له ان يشترى دابة للركوب وليس له ان يشترى سفينة للركوب وله ان يستكريها اعتبارا لعادة التجار وله ان يأذن لعبد المضاربة فى التجارة فى الرواية المشهورة لانه من صنيع التجار ولو باع بالنقد ثم أخر الثمن جاز بالاجماع اما عندهما فلان الوكيل يملك ذلك فالمضارب أولى الا ان المضارب لا يضمن لان له ان يقايل ثم يبيع نسيئة ولا كذلك الوكيل لانه لا يملك ذلك واما عند أبى يوسف رحمه الله فلانه يملك الاقالة ثم البيع بالنساء بخلاف الوكيل لانه لا يملك الاقالة (ولو احتال بالثمن على الايسر أو الاعسر جاز) لان الحوالة من عادة التجار بخلاف الوصى يحتال بمال اليتيم حيث يعتبر فيه الانظر لان تصرفه مقيد بشرط النظر والاصل أن ما يفعله المضارب ثلاثة أنواع نوع يملكه بمطلق المضاربة وهو ما يكون من باب المضاربة وتوابعها وهو ما ذكرنا ومن جملته التوكيل بالبيع والشراء للحاجة اليه والارتهان والرهن لانه ايفاء واستيفاء والاجارة والاستئجار والايداع والابضاع والمسافرة على ما ذكرناه من قبل ونوع لا يملكه بمطلق العقد ويملكه اذا قيل له اعمل برأيك وهو ما يحتمل ان يلحق به فيلحق عند وجود الدلالة وذلك مثل دفع المال مضاربة أو شركة الى غيره وخلط مال المضاربة بماله أو بمال غيره لان رب المال رضى بشركته لا بشركة غيره وهو أمر عارض لا يتوقف عليه التجارة فلا يدخل تحت مطلق العقد ولكنه جهة فى التثمير

فمن هذا الوجه يوافقه فيدخل فيه عند وجود الدلالة وقوله اعمل برأيك دلالة على ذلك ونوع لا يملكه بمطلق العقد ولا بقوله اعمل برأيك الا أن ينص عليه رب المال وهو الاستدانة وهو أن يشترى بالدراهم والدنانير بعد ما اشترى برأس المال السلعة وما أشبه ذلك لانه يصير المال زائدا على ما انعقد عليه المضاربة ولا يرضى به ولا يشغل ذمته بالدين ولو أذن له رب المال بالاستدانة صار المشترى بينهما نصفين بمنزلة شركة الوجوه وأخذ السفاتج لانه نوع من الاستدانة وكذا اعطاؤها لانه اقراض والعتق بمال وبغير مال والكتابة لانه ليس بتجارة والاقراض والهبة والصدقة لانه تبرع محض قال (ولا يزوج عبدا ولا أمة من مال المضاربة) وعن أبي يوسف رحمه الله أنه يزوج الامة لانه من باب الاكتساب الاترى أنه يستفيد به المهر وسقوط النفقة ولهما أنه ليس بتجارة والعقد لا يتضمن الا التوكيل بالتجارة وصار كالكتابة والاعتاق على مال لانه اكتساب ولكن لما لم يكن تجارة لا يدخل تحت المضاربة فكذا هذا قال (فان دفع شيأ من مال المضاربة الى رب المال بضاعة فاشترى رب المال وباع فهو على المضاربة) وقال زفر رحمه الله تفسد المضاربة لان رب المال متصرف فى مال نفسه فلا يصلح وكيلا فيه فيصير مستردا ولهذا لا تصح اذا شرط العمل عليه ابتداء ولنا أن التخلية فيه قد تمت وصار التصرف حقا للمضارب فيصلح رب المال وكيلا عنه فى التصرف والابضاع توكيل منه فلا يكون استردادا بخلاف شرط العمل عليه فى الابتداء لانه يمنع التخلية وبخلاف ما اذا دفع المال الى رب المال مضاربة حيث لا يصح لان المضاربة تنعقد شركة على مال رب المال وعمل المضارب ولا مال ههنا للمضارب فلو جوزناه يؤدى الى قلب الموضوع واذا لم تصح بقى عمل رب المال بامر المضارب فلا تبطل به المضاربة الاولى قال (واذا عمل المضارب فى المصر فليست نفقته فى المال وان سافر فطعامه وشرابه وكسوته وركوبه) ومعناه شراء وكراء فى المال ووجه الفرق أن النفقة تجب بازاء الاحتباس كنفقة القاضى ونفقة المرأة والمضارب فى المصر ساكن بالسكنى الاصلى واذا سافر صار محبوسا بالمضاربة فيستحق النفقة فيه وهذا بخلاف الاجير لانه يستحق البدل لا محالة فلا يتضرر بالانفاق من ماله أما المضارب فليس له الا الربح وهو فى حيز التردد فلو أنفق من ماله يتضرر به وبخلاف المضاربة الفاسدة لانه أجير وبخلاف البضاعة لانه متبرع قال (ولو بقى شئ فى يده بعد ما قدم مصره رده فى المضاربة) لانتهاء الاستحقاق ولو كان خروجه دون السفر فان كان بحيث يغدو ثم يروح فيبيت باهله فهو بمنزلة السوقى فى مصر وان كان بحيث لا يبيت باهله فنفقته فى مال المضاربة لان خروجه للمضاربة والنفقة هى ما يصرف الى الحاجة الراتبة وهو ما ذكرنا ومن جملة ذلك غسل

ثيابه

ثيابه واجرة أجير يخدمه وعلف دابة يركبها والدهن في موضع يحتاج اليه عادة كالحجاز وانما يطلق في جميع ذلك بالمعروف حتى يضمن الفضل ان جاوزه اعتبارا للمتعارف فيما بين التجار (وأما الدواء ففي ماله) في ظاهر الرواية وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه يدخل في النفقة لانه لاصلاح بدنه ولا يتمكن من التجارة الا به فصار كالنفقة وجه الظاهر أن الحاجة الى النفقة معلومة الوقوع والى الدواء بعارض المرض ولهذا كانت نفقة المرأة على الزوج ودواؤها في مالها قال (واذا ربح أخذ رب المال ما أنفق من رأس المال فان باع المتاع مرابحة حسب ما أنفق على المتاع من الحملان ونحوه ولا يحتسب ما أنفق على نفسه) لان العرف جار بالحاق الاول دون الثاني ولان الاول يوجب زيادة في المالية بزيادة القيمة والثاني لا يوجبها قال (فان كان معه ألف فاشترى بها ثيابا فقصرها أو حملها بمائة من عنده وقد قيل له اعمل برأيك فهو متطوع) لانه استدانة على رب المال فلا ينتظمه هذا المقال على ما مر (وان صبغها أحمر فهو شريك بما زاد الصبغ فيها ولا يضمن) لانه عين مال قائم به حتى اذا بيع كان له حصة الصبغ وحصة الثوب الابيض على المضاربة بخلاف القصارة والحمل لانه ليس بعين مال قائم به ولهذا اذا فعله الغاصب ضاع عمله ولا يضيع اذا صبغ المغصوب واذا صار شريكا بالصبغ انتظمه قوله اعمل برأيك انتظامه الخلطة فلا يضمنه

﴿فصل آخر﴾ قال (فان كان معه ألف بالنصف فاشترى بها بزا فباعه بالفين ثم اشترى بالالفين عبدا فلم ينقدهما حتى ضاعا يغرم رب المال ألفا وخمسمائة والمضارب خمسمائة ويكون ربع العبد للمضارب وثلاثة أرباعه على المضاربة) قال رحمه الله هذا الذي ذكره حاصل الجواب لان الثمن كله على المضارب اذ هو العاقد الا أن له حق الرجوع على رب المال بالف وخمسمائة على ما نبين فيكون عليه في الآخرة ووجهه أنه لما نض المال ظهر الربح وله منه وهو خمسمائة فاذا اشترى بالالفين عبدا صار مشتريا ربعه لنفسه وثلاثة أرباعه للمضاربة على حسب انقسام الالفين واذا ضاعت الالفان وجب عليه الثمن لما بيناه وله الرجوع بثلاثة أرباع الثمن على رب المال لانه وكيل من جهته فيه ويخرج نصيب المضارب وهو الربع من المضاربة لانه مضمون عليه ومال المضاربة أمانة وبينهما منافاة ويبقى ثلاثة أرباع العبد على المضاربة لانه ليس فيه ما ينافي المضاربة (ويكون رأس المال ألفين وخمسمائة) لانه دفع مرة ألفا ومرة ألفا وخمسمائة (ولا يبيعه مرابحة الا على ألفين) لانه اشتراه بالفين ويظهر ذلك فيما اذا بيع العبد باربعة آلاف فحصة المضاربة ثلاثة آلاف يرفع رأس المال ويبقى خمسمائة ربح بينهما قال (وان كان معه ألف فاشترى رب المال عبدا بخمسمائة وباعه اياه بالف فانه يبيعه

مرابحة على خمسمائة) لان هذا البيع مقضى بجوازه لتغاير المقاصد دفعاللحاجة وان كان بيع ملكه بملكه الا أن فيه شبهة العدم ومبنى المرابحة على الامانة والاحتراز عن شبهة الخيانة فاعتبر أقل الثمنين ولواشترى المضارب عبدا بالف وباعه من رب المال بالف ومائتين باعه مرابحة بالف ومائة لانه اعتبر عدما فى حق نصف الربح وهو نصيب رب المال وقد مر فى البيوع قال (فان كان معه ألف بالنصف فاشترى بها عبدا قيمته ألفان فقتل العبد رجلا خطأ فثلاثة أرباع الفداء على رب المال وربعه على المضارب) لان الفداء مؤنة الملك فيتقدر بقدر الملك وقد كان الملك بينهما أرباعا لانه لما صار المال عينا واحدا ظهر الربح وهو ألف بينهما وألف لرب المال برأس ماله لان قيمته ألفان واذا فديا خرج العبد عن المضاربة أما نصيب المضارب فلما بيناه وأما نصيب رب المال فلقضاء القاضى بانقسام الفداء عليهما لما أنه يتضمن قسمة العبد بينهما والمضاربة تنتهى بالقسمة بخلاف ماتقدم لان جميع الثمن فيه على المضارب وان كان له حق الرجوع فلا حاجة الى القسمة ولان العبد كالزائل عن ملكهما بالجناية ودفع الفداء كابتداء الشراء فيكون العبد بينهما ارباعا لاعلى المضاربة يخدم المضارب يوما ورب المال ثلاثة أيام بخلاف ماتقدم قال (وان كان معه ألف فاشترى بها عبدا فلم ينقدها حتى هلكت الالف يدفع رب المال ذلك الثمن ورأس المال جميع مايدفع اليه رب المال) لان المال أمانة فى يده ولا يصير مستوفيا والاستيفاء انما يكون بقبض مضمون وحكم الامانة ينافيه فيرجع مرة بعد أخرى بخلاف الوكيل بالشراء اذا كان الثمن مدفوعا اليه قبل الشراء وهلك بعد الشراء حيث لا يرجع الا مرة لانه أمكن جعله مستوفيا لان الوكالة تجامع الضمان كالغاصب اذا توكل ببيع المغصوب ثم فى الوكالة فى هذه الصورة يرجع مرة وفيما اذا اشترى ثم دفع الموكل اليه المال فهلك لا يرجع لانه ثبت له حق الرجوع بنفس الشراء فجعل مستوفيا بالقبض بعده أما المدفوع اليه قبل الشراء أمانة فى يده وهو قائم على الامانة بعده فلم يصر مستوفيا فاذا هلك رجع عليه مرة ثم لا يرجع لوقوع الاستيفاء على مامر

﴿فصل فى الاختلاف﴾ قال (واذا كان مع المضارب ألفان فقال دفعت الى ألفا وربحت ألفا وقال رب المال لا بل دفعت اليك ألفين فالقول قول المضارب) وكان أبو حنيفة رحمه الله يقول أولا القول قول رب المال وهو قول زفر رحمه الله لان المضارب يدعى عليه الشركة فى الربح وهو ينكر والقول قول المنكر ثم رجع الى ماذكر فى الكتاب لان الاختلاف فى الحقيقة فى مقدار المقبوض وفى مثله القول قول القابض ضمينا كان أو أمينا لانه اعرف بمقدار المقبوض ولو اختلفا مع ذلك فى مقدار الربح فالقول فيه لرب المال لان الربح يستحق بالشرط وهو يستفاد

من جهته وأيهما أقام البينة على ما ادعى من فضل قبلت لان البينات للاثبات قال (ومن كان معه ألف درهم فقال هى مضاربة لفلان بالنصف وقد ربح ألفا وقال فلان هى بضاعة فالقول قول رب المال) لان المضارب يدعى عليه تقويم عمله أو شرطا من جهته أو يدعى الشركة وهو ينكر ولو قال المضارب أقرضتنى وقال رب المال هى بضاعة أو وديعة أو مضاربة فالقول لرب المال والبينة بينة المضارب) لان المضارب يدعى عليه التملك وهو ينكر (ولو ادعى رب المال المضاربة فى نوع وقال الآخر ما سميت لى تجارة بعينها فالقول للمضارب) لان الاصل فيه العموم والاطلاق والتخصيص يعارض الشرط بخلاف الوكالة لان الاصل فيه الخصوص (ولو ادعى كل واحد منهما نوعا فالقول لرب المال) لانهما اتفقا على التخصيص والاذن يستفاد من جهته فيكون القول له ولو أقام البينة فالبينة بينة المضارب لحاجته الى نفى الضمان وعدم حاجة الآخر الى البينة ولو وقتت البينتان وقتا فصاحب الوقت الاخير أولى لان آخر الشرطين ينقض الاول

(كتاب الوديعة)

قال (الوديعة أمانة فى يد المودع اذا هلكت لم يضمنها) لقوله عليه السلام ليس على المستعير غير المغل ضمان ولا على المستودع غير المغل ضمان ولان بالناس حاجة الى الاستيداع فلو ضمناه يمتنع الناس عن قبول الودائع فتتعطل مصالحهم قال (وللمودع أن يحفظها بنفسه وبمن فى عياله لان الظاهر أنه يلتزم حفظ مال غيره على الوجه الذى يحفظ مال نفسه ولانه لا يجد بدا من الدفع الى عياله لانه لا يمكنه ملازمة بيته ولا استصحاب الوديعة فى خروجه فكان المالك راضيا به (فان حفظها بغيرهم أو أودعها غيرهم ضمن) لان المالك رضى بيده لا بيد غيره والايدى تختلف فى الامانة ولان الشئ لا يتضمن مثله كالوكيل لا يوكل غيره والوضع فى حرز غيره ايداع الا اذا استأجر الحرز فيكون حافظا بحرز نفسه قال (الا أن يقع فى داره حريق فيسلمها الى جاره أو يكون فى سفينة فخاف الغرق فيلقيها الى سفينة أخرى) لانه تعين طريقا للحفظ فى هذه الحالة فيرتضيه المالك (ولا يصدق على ذلك الا ببينة) لانه يدعى ضرورة مسقطة للضمان بعد تحقق السبب فصار كما اذا ادعى الاذن فى الايداع قال (فان طلبها صاحبها فمنعها وهو يقدر على تسليمها ضمنها) لانه متعد بالمنع وهذا لانه لما طالبه لم يكن راضيا بامساكه بعده فيضمنه بحبسه عنه قال (وان خلطها المودع بماله حتى لا تتميز ضمنها ثم لا سبيل للمودع عليها عند أبى حنيفة رحمه الله وقالا اذا خلطها بجنسها شركه ان شاء) مثل أن يخلط الدراهم البيض بالبيض والسود بالسود والحنطة بالحنطة والشعير بالشعير لهما أنه

لا يمكنه الوصول الى عين حقه صورة وامكنه معنى بالقسمة فكان استهلاكا من وجه دون وجه فيميل الى أيهما شاء وله أنه استهلاك من كل وجه لانه فعل يتعذر معه الوصول الى عين حقه ولا معتبر بالقسمة لانها من موجبات الشركة فلا تصلح موجبة لها ولو أبرأ الخالط لا سبيل له على المخلوط عند ابى حنيفة رحمه الله لانه لا حق له الا فى الدين وقد سقط وعندهما بالابراء تسقط خيرة الضمان فيتعين الشركة فى المخلوط وخلط الخل بالزيت وكل مائع بغير جنسه يوجب انقطاع حق المالك الى الضمان وهذا بالاجماع لانه استهلاك صورة وكذا معنى لتعذر القسمة باعتبار اختلاف الجنس ومن هذا القبيل خلط الحنطة بالشعير فى الصحيح لان أحدهما لا يخلو عن حبات الآخر فتعذر التمييز والقسمة ولو خلط المائع بجنسه فعند أبى حنيفة رحمه الله ينقطع حق المالك الى ضمان لما ذكرنا وعند أبى يوسف رحمه الله يجعل الاقل تابعا للاكثر اعتبارا للغالب اجزاء وعند محمد رحمه الله شركة بكل حال لان الجنس لا يغلب الجنس عنده على مامر فى الرضاع ونظيره خلط الدراهم بمثلها اذابة لانه يصير مائعا بالاذابة قال (وان اختلطت بماله من غير فعله فهو شريك لصاحبها) كما اذا انشق الكيسان فاختلطا لانه لا يضمنها لعدم الصنع فيشتركان وهذا بالاتفاق قال (فان انفق المودع بعضها ثم رد مثله فخلطه بالباقى ضمن الجميع) لانه خلط مال غيره بماله فيكون استهلاكا على الوجه الذى تقدم قال (واذا تعدى المودع فى الوديعة بان كانت دابة فركبها أو ثوبا فلبسه أو عبدا فاستخدمه أو أودعها عند غيره ثم أزال التعدى فردها الى يده زال الضمان) وقال الشافعى لا يبرأ عن الضمان لان عقد الوديعة ارتفع حين صار ضامنا للمنافاة فلا يبرأ الا بالرد على المالك ولنا أن الامر باق لاطلاقه وارتفاع حكم العقد ضرورة ثبوت نقيضه فاذا ارتفع عاد حكم العقد كما اذا استأجره للحفظ شهرا فترك الحفظ فى بعضه ثم حفظ فى الباقى فحصل الرد الى نائب المالك قال (فان طلبها صاحبها فجحدها ضمنها) لانه لما طالبه بالرد فقد عزله عن الحفظ فبعد ذلك هو بالامساك غاصب مانع منه فيضمنها فان عاد الى الاعتراف لم يبرأ عن الضمان لارتفاع العقد اذ المطالبة بالرد رفع من جهته والجحود فسخ من جهة المودع كجحود الوكيل الوكالة وجحود أحد المتعاقدين البيع فتم الرفع أو لان المودع ينفرد بعزل نفسه بمحضر من المستودع كالوكيل يملك عزل نفسه بحضرة الموكل واذا ارتفع لا يعود الا بالتجديد فلم يوجد الرد الى نائب المالك بخلاف الخلاف ثم العود الى الوفاق ولو جحدها عند غير صاحبها لا يضمنها عند أبى يوسف رحمه الله خلافا لزفر رحمه الله لان الجحود عند غيره من باب الحفظ لان فيه قطع طمع الطامعين ولانه لا يملك عزل نفسه بغير

يحضر منه أو طلبه فيبقى الامر بخلاف ما اذا كان بحضرته قال (وللمودع أن يسافر بالوديعة
وان كان لها حمل ومؤنة عند أبى حنيفة رحمه الله وقالا ليس له ذلك اذا كان لها حمل
ومؤنة) وقال الشافعى رحمه الله ليس له ذلك فى الوجهين لابى حنيفة رحمه الله تعالى اطلاق
الامر والمفازة محل للحفظ اذا كان الطريق آمنا ولهذا يملكه الاب والوصى فى مال الصبى
ولهما أنه تلزمه مؤنة الرد فيما له حمل ومؤنة والظاهر لا يرضى به فيتقيد والشافعى رحمه
الله يقيده بالحفظ المتعارف وهو الحفظ فى الامصار وصار كالاستحفاظ باجر قلنا مؤنة الرد
تلزمه فى ملكه ضرورة امتثال أمره فلا يبالى به والمعتاد كونهم فى المصر لا حفظهم ومن يكون
فى المفازة يحفظ ماله فيها بخلاف الاستحفاظ باجر لانه عقد معاوضة فيقتضى التسليم فى مكان
العقد (واذا نهاه المودع أن يخرج بالوديعة فخرج بها ضمن) لان التقييد مفيد اذ الحفظ فى
المصر ابلغ فكان صحيحا قال (واذا أودع رجلان عند رجل وديعة فحضر أحدهما يطلب نصيبه
منها لم يدفع اليه نصيبه حتى يحضر الآخر عند أبى حنيفة رحمه الله وقالا يدفع اليه نصيبه)
وفى الجامع الصغير ثلاثة استودعوا رجلا الفا فغاب اثنان فليس للحاضر أن يأخذ نصيبه عنده
وقالا له ذلك والخلاف فى المكيل والموزون وهو المراد بالمذكور فى المختصر لهما أنه طالبه بدفع
نصيبه فيؤمر بالدفع اليه كما فى الدين المشترك وهذا لانه يطالبه بتسليم ما سلم اليه وهو النصف
ولهذا كان له أن يأخذه فكذا يؤمر هو بالدفع اليه ولابى حنيفة رحمه الله أنه طالبه بدفع نصيب
الغائب لانه يطالبه بالمفرز وحقه فى المشاع والمفرز المعين يشتمل على الحقين ولا يتميز حقه الا
بالقسمة وليس للمودع ولاية القسمة ولهذا لا يقع دفعه قسمة بالاجماع بخلاف الدين المشترك
لانه يطالبه بتسليم حقه لان الديون تقضى بامثالها وقوله له أن يأخذه قلنا ليس من ضرورته
أن يجبر المودع على الدفع كما اذا كانت له ألف درهم وديعة عند انسان وعليه ألف لغيره
فلغريمه أن يأخذه اذا ظفر به وليس للمودع أن يدفعه اليه قال (وان أودع رجل عند رجلين
شيأ مما يقسم لم يجز أن يدفعه أحدهما الى الآخر ولكنهما يقتسمانه فيحفظ كل واحد منهما
نصفه وان كان مما لا يقسم جاز أن يحفظه أحدهما باذن الآخر) وهذا عند أبى حنيفة رحمه
الله فكذلك الجواب عنده فى المرتهنين والوكيلين بالشراء اذا سلم أحدهما الى الآخر وقالا
لاحدهما أن يحفظ باذن الآخر فى الوجهين لهما أنه رضى بامانتهما فكان لكل واحد
منهما أن يسلم الى الآخر ولا يضمنه كما فيما لا يقسم وله أنه رضى بحفظهما ولم يرض
بحفظ أحدهما كله لان الفعل متى أضيف الى ما يقبل الوصف بالتجزى تناول البعض

دون الكل فوقع التسليم الى الآخر من غير رضا المالك فيضمن الدافع ولا يضمن القابض لان مودع المودع عنده لا يضمن وهذا بخلاف ما لا يقسم لانه لما أودعهما ولا يمكنهما الاجتماع عليه آناء الليل والنهار وأمكنهما المهايأة كان المالك راضيا بدفع الكل الى أحدهما فى بعض الاحوال (واذا قال صاحب الوديعة للمودع لا تسلمها الى زوجتك فسلمها اليها لا يضمن وفى الجامع الصغير اذا نهاه أن يدفعها الى أحد من عياله فدفعها الى من لا بد منه لا يضمن) كما اذا كانت الوديعة دابة فنهاه عن الدفع الى غلامه وكما اذا كانت شيأ يحفظ على يد النساء فنهاه عن الدفع الى امرأته وهو محمل الاول لانه لا يمكن اقامة العمل مع مراعاة هذا الشرط وان كان مفيدا فيلغو (وان كان له منه بد ضمن) لان الشرط مفيد فان من العيال من لا يؤتمن على المال وقد أمكن العمل به مع مراعاة هذا الشرط فاعتبر (وان قال احفظها فى هذا البيت فحفظها فى بيت آخر من الدار لم يضمن) لان الشرط غير مفيد فان البيتين فى دار واحدة لا يتفاوتان فى الحرز (وان حفظها فى دار أخرى ضمن) لان الدارين يتفاوتان فى الحرز فكان مفيدا فيصح التقييد ولو كان التفاوت بين البيتين ظاهرا بان كانت الدار التى فيها البيتان عظيمة والبيت الذى نهاه عن الحفظ فيه عورة ظاهرة صح الشرط قال (ومن أودع رجلا وديعة فاودعها آخر فهلكت فله أن يضمن الاول وليس له أن يضمن الآخر وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله وقالا له أن يضمن أيهما شاء فان ضمن الاول لا يرجع على الآخر وان ضمن الآخر رجع على الاول) لهما أنه قبض المال من يد ضمين فيضمنه كمودع الغاصب وهذا لان المالك لم يرض بامانة غيره فيكون الاول متعديا بالتسليم والثانى بالقبض فيخير بينهما غير انه ان ضمن الاول لم يرجع على الثانى لانه ملكه بالضمان فظهر انه أودع ملك نفسه وان ضمن الثانى رجع على الاول لانه عامل له فيرجع عليه بما لحقه من العهدة وله أنه قبض المال من يد أمين لانه بالدفع لا يضمن ما لم يفارقه لحضور رأيه فلا تعدى منهما فاذا فارقه فقد ترك الحفظ الملتزم فيضمنه بذلك وأما الثانى فمستمر على الحالة الاولى ولم يوجد منه صنع فلا يضمنه كالريح اذا ألقت فى حجره ثوب غيره قال (ومن كان فى يده ألف فادعاها رجلان كل واحد منهما انها له أودعها اياه وأبى أن يحلف لهما فالالف بينهما وعليه ألف أخرى بينهما) وشرح ذلك أن دعوى كل واحد صحيحة لاحتمالها الصدق فيستحق الحلف على المنكر بالحديث ويحلف لكل واحد منهما على الانفراد لتغاير الحقين وبايهما بدأ القاضى جاز لتعذر الجمع بينهما وعدم الاولوية ولو تشاحا أقرع بينهما تطييبا لقلبهما ونفيا لتهمة الميل ثم ان حلف لاحدهما يحلف للثانى فان حلف فلا شئ لهما لعدم الحجة وان نكل اعنى للثانى يقضى له لوجود الحجة وان نكل للاول يحلف للثانى

ولا يقضى بالنكول بخلاف ما اذا أقر لاحدهما لان الاقرار حجة موجبة بنفسه فيقضى به أما النكول انما يصير حجة عند القضاء فجاز أن يؤخره ليحلف للثانى فينكشف وجه القضاء ولو نكل للثانى أيضا يقضى بها بينهما نصفين على ما ذكر فى الكتاب لاستوائهما فى الحجة كما اذا اقاما البينة ويغرم ألفا أخرى بينهما لانه أوجب الحق لكل واحد منهما ببذله أو باقراره وذلك حجة فى حقه وبالصرف اليهما صار قاضيا نصف حق كل واحد منهما بنصف الآخر فيغرمه ولو قضى القاضى للاول حين نكل ذكر الامام على البزدوى رحمه الله فى شرح الجامع الصغير أنه يحلف للثانى فاذا نكل يقضى بها بينهما لان القضاء للاول لا يبطل حق الثانى لانه يقدمه اما بنفسه أو بالقرعة وكل ذلك لا يبطل حق الثانى وذكر الخصاف رحمه الله أنه ينفذ قضاؤه للاول ووضع المسئلة فى العبد وانما نفذ لمصادفته محل الاجتهاد لان من العلماء من قال يقضى للاول ولا ينتظر لكونه اقرارا دلالة ثم لا يحلف للثانى ما هذا العبد لى لان نكوله لا يفيد بعد ما صار للاول وهل يحلفه بالله ما لهذا عليك عذا العبد ولا قيمته وهو كذا وكذا ولا أقل منه قال ينبغى أن يحلفه عند محمد رحمه الله خلافا لابى يوسف رحمه الله بناء على أن المودع اذا أقر بالوديعة ودفع بالقضاء الى غيره يضمنه عند محمد رحمه الله خلافا له وهذه فريعة تلك المسئلة وقد وقع فيه بعض الاطناب والله أعلم

﴿كتاب العارية﴾

قال (العارية جائزة) لانها نوع احسان وقد استعار النبى عليه السلام دروعا من صفوان (وهى تمليك المنافع بغير عوض) وكان الكرخى رحمه الله يقول هى اباحة الانتفاع بملك الغير لانها تنعقد بلفظة الاباحة ولا يشترط فيها ضرب المدة ومع الجهالة لا يصح التمليك ولذلك يعمل فيه النهى ولا يملك الاجارة من غيره ونحن نقول انه ينبئ عن التمليك فان العارية من العرية وهى العطية ولهذا تنعقد بلفظة التمليك والمنافع قابلة للملك كالاعيان والتمليك نوعان بعوض وبغير عوض ثم الاعيان تقبل النوعين فكذا المنافع والجامع بينهما دفع الحاجة ولفظة الاباحة استعيرت للتمليك كما فى الاجارة فانها تنعقد بلفظة الاباحة وهى تمليك والجهالة لا تفضى الى المنازعة لعدم اللزوم فلا تكون ضائرة ولان الملك انما يثبت بالقبض وهو الانتفاع وعند ذلك لا جهالة والنهى منع عن التحصيل فلا يتحصل المنافع على ملكه ولا يملك الاجارة لدفع زيادة الضرر على ما نذكره ان شاء الله قال (وتصح بقوله أعرتك) لانه صريح فيه (واطعمتك هذه الارض) لانه مستعمل فيه (ومنحتك هذا الثوب وحملتك على هذه الدابة اذا لم يرد به الهبة) لانهما لتمليك العين وعند عدم ارادته الهبة يحمل على تمليك المنافع تجوزا قال

وأخدمتك هذا العبد) لانه اذن له فى استخدامه (وداري لك سكنى) لان معناه سكناها لك
(وداري لك عمرى سكنى) لانه جعل سكناها له مدة عمره وجعل قوله سكنى تفسيرا لقوله لك لانه
يحتمل تمليك المنافع فحمل عليه بدلالة آخره قال (وللمعير ان يرجع فى العارية متى شاء) لقوله
عليه السلام المنحة مردودة والعارية مؤداة ولان المنافع تملك شيئا فشيئا على حسب حدوثها
فالتمليك فيما لم يوجد لم يتصل به القبض فيصح الرجوع عنه قال (والعارية أمانة ان هلكت
من غير تعد لم يضمن) وقال الشافعى يضمن لانه قبض مال غيره لنفسه لا عن استحقاق فيضمنه
والاذن ثبت ضرورة الانتفاع فلا يظهر فيما وراءه ولهذا كان واجب الرد وصار كالمقبوض على
سوم الشراء ولنا ان اللفظ لا ينبئ عن التزام الضمان لانه لتمليك المنافع بغير عوض أو لاباحتها
والقبض لم يقع تعديا لكونه مأذونا فيه والاذن وان ثبت لاجل الانتفاع فهو ما قبضه الا للانتفاع
فلم يقع تعديا وانما وجب الرد مؤنة كنفقة المستعار فانها على المستعير لا لنقض القبض والمقبوض
على سوم الشراء مضمون بالعقد لان الاخذ فى العقد له حكم العقد على ما عرف فى موضعه قال
(وليس للمستعير ان يؤاجر ما استعاره فان آجره فعطب ضمن) لان الاعارة دون الاجارة والشئ
لا يتضمن ما هو فوقه ولانا لو صححناه لا يصح الا لازما لانه حينئذ يكون بتسليط من المعير وفى
وقوعه لازما زيادة ضرر بالمعير لسد باب الاسترداد الى انقضاء مدة الاجارة فابطلناه فان آجره
ضمنه حين سلمه لانه اذا لم تتناوله العارية كان غصبا وان شاء المعير ضمن المستأجر لانه قبضه
بغير اذن المالك لنفسه ثم ان ضمن المستعير لا يرجع على المستأجر لانه ظهر انه آجر ملك نفسه
وان ضمن المستأجر يرجع على المؤاجر اذا لم يعلم انه كان عارية فى يده دفعا لضرر الغرور بخلاف
ما اذا علم قال (وله أن يعيره اذا كان مما لا يختلف باختلاف المستعمل) وقال الشافعى ليس له
أن يعيره لانه اباحة المنافع على ما بينا من قبل والمباح له لا يملك الاباحة وهذا لان المنافع غير قابلة
للملك لكونها معدومة وانما جعلناها موجودة فى الاجارة للضرورة وقد اندفعت بالاباحة ههنا
ونحن نقول هو تمليك المنافع على ما ذكرنا فيملك الاعارة كالموصى له بالخدمة والمنافع اعتبرت
قابلة للملك فى الاجارة فتجعل كذلك فى الاعارة دفعا للحاجة وانما لا تجوز فيما يختلف باختلاف
المستعمل دفعا لمزيد الضرر عن المعير لانه رضى باستعماله لا باستعمال غيره قال رضى الله عنه
وهذا اذا صدرت الاعارة مطلقة وهى على أربعة أوجه أحدها أن تكون مطلقة فى
الوقت والانتفاع فللمستعير فيه ان ينتفع به أى نوع شاء فى أى وقت شاء عملا بالاطلاق والثانى
ان تكون مقيدة فيهما فليس له أن يجاوز فيه ما سماه عملا بالتقييد الا اذا كان خلافا الى
مثل ذلك أو الى خير منه والحنطة مثل الحنطة والشعير خير من الحنطة اذا كان كيلا
والثالث ان تكون مقيدة فى حق الوقت مطلقة فى حق الانتفاع والرابع عكسه

وليس له أن يتعدى ما سماه فلو استعار دابة ولم يسم شيئا له أن يحمل و يعير غيره للحمل لان الحمل لا يتفاوت وله أن يركب و يركب غيره وان كان الركوب مختلفا الا انه لما أطلق فيه فله أن يعين حتى لو ركب بنفسه ليس له أن يركب غيره لانه تعين ركوبه ولو أركب غيره ليس له ان يركبه حتى لو فعله ضمن لانه تعين الاركاب قال (وعارية الدراهم والدنانير والمكيل والموزون والمعدود قرض) لان الاعارة تمليك المنافع ولا يمكن الانتفاع بها الا باستهلاك عينها فاقتضى تمليك العين ضرورة وذلك بالهبة أو القرض والقرض أدناهما فيثبت أو لان من قضية الاعارة الانتفاع و رد العين فاقيم رد المثل مقامه قالوا هذا اذا أطلق الاعارة اما اذا عين الجهة بان استعار الدراهم ليعاير بها ميزانا أو يزين بها دكانا لم تكن قرضا ولا يكون له الا المنفعة المسماة فصار كما اذا استعار آنية يتجمل بها أو سيفا محلى يتقلده قال (واذا استعار أرضا ليبني فيها أو ليغرس جاز وللمعير ان يرجع فيها و يكلفه قلع البناء والغرس) اما الرجوع فلما بينا وأما الجواز فلانها منفعة معلومة تملك بالاجارة فكذا بالاعارة واذا صح الرجوع بقي المستعير شاغلا أرض المعير فيكلف تفريغها ثم ان لم يكن وقت العارية فلا ضمان عليه لان المستعير مغتر غير مغرور حيث اعتمد اطلاق العقد من غير أن يسبق منه الوعد وان كان وقت العارية ورجع قبل الوقت صح رجوعه لما ذكرنا ولكنه يكره لما فيه من خلف الوعد (وضمن المعير ما نقص البناء والغرس بالقلع) لانه مغرور من جهته حيث وقت له فالظاهر هو الوفاء بالعهد فيرجع عليه دفعا للضرر عن نفسه كذا ذكره القدوري رحمه الله في المختصر وذكر الحاكم الشهيد رحمه الله انه يضمن رب الارض للمستعير قيمة غرسه وبنائه و يكونان له الا أن يشاء المستعير ان يرفعهما ولا يضمنه قيمتهما فيكون له ذلك لانه ملكه قالوا اذا كان في القلع ضرر بالارض فالخيار الى رب الارض لانه صاحب اصل والمستعير صاحب تبع والترجيح بالاصل (ولو استعارها ليزرعها لم تؤخذ منه حتى يحصد الزرع وقت أو لم يوقت) لان له نهاية معلومة وفي الترك بالاجر مراعاة الحقين بخلاف الغرس لانه ليس له نهاية معلومة فيقلع دفعا للضرر عن المالك قال (وأجرة رد العارية على المستعير) لان الرد واجب عليه لما انه قبضه لمنفعة نفسه والاجرة مؤنة الرد فتكون عليه (وأجرة رد العين المستأجرة على المؤاجر) لان الواجب على المستاجر التمكين والتخلية دون الرد فان منفعة قبضه سالمة للمؤاجر معنى فلا يكون عليه مؤنة رده (وأجرة رد العين المغصوبة على الغاصب) لان الواجب عليه الرد والاعادة الى يد المالك دفعا للضرر عنه فتكون مؤنته عليه قال (واذا استعار دابة فردها الى اصطبل مالكها فهلكت لم يضمن) وهذا استحسان وفي القياس يضمن لانه ما ردها الى مالكها بل ضيعها وجه الاستحسان انه أتى بالتسليم المتعارف لان رد العواري

الى دار الملاك معتاد كالة البيت تعار ثم ترد الى الدار ولو ردها الى المالك بردها الى المربط فصح رده (وان استعار عبدا فرده الى دار المالك ولم يسلمه اليه لم يضمن) لما بينا (ولو رد المغصوب أو الوديعة الى دار المالك ولم يسلمه اليه ضمن) لان الواجب على الغاصب فسخ فعله وذلك بالرد الى المالك دون غيره والوديعة لا يرضى المالك بردها الى الدار ولا الى يد من فى العيال لانه لو ارتضاه لما أودعها اياه بخلاف العوارى لان فيها عرفا حتى لو كانت العارية عقد جوهر لم يردها الا الى المعير لعدم ما ذكرناه من العرف فيه قال (ومن استعار دابة فردها مع عبده أو أجيره لم يضمن) والمراد بالاجير أن يكون مسانهة أو مشاهرة لانها أمانة فله أن يحفظها بيد من فى عياله كما فى الوديعة بخلاف الاجير مياومة لانه ليس فى عياله (وكذا اذا ردها مع عبد رب الدابة أو أجيره) لان المالك يرضى به الا ترى انه لو رده اليه فهو يرده الى عبده وقيل هذا فى العبد الذى يقوم على الدواب وقيل فيه وفى غيره وهو الاصح لانه ان كان لا يدفع اليه دائما يدفع اليه أحيانا (وان ردها مع أجنبى ضمن) ودلت المسئلة على ان المستعير لا يملك الايداع قصدا كما قاله بعض المشايخ رحمهم الله وقال بعضهم يملكه لانه دون الاعارة وأولوا هذه المسئلة بانتهاء الاعارة لانقضاء المدة قال (ومن اعار أرضا بيضاء للزراعة يكتب انك أطعمتنى عند أبى حنيفة رحمه الله وقالا يكتب انك أعرتنى) لان لفظة الاعارة موضوعة له والكتابة بالموضوع له أولى كما فى اعارة الدار وله ان لفظة الاطعام أدل على المراد لانها تختص بالزراعة والاعارة تنتظمها وغيرها كالبناء ونحوه فكانت الكتابة بها أولى بخلاف الدار لانها لا تعار الا للسكنى والله أعلم بالصواب

(كتاب الهبة)

الهبة عقد مشروع لقوله عليه السلام تهادوا تحابوا وعلى ذلك انعقد الاجماع (وتصح بالايجاب والقبول والقبض) اما الايجاب والقبول فلانه عقد والعقد ينعقد بالايجاب والقبول والقبض لا بد منه لثبوت الملك وقال مالك رحمه الله يثبت الملك فيه قبل القبض اعتبارا بالبيع وعلى هذا الخلاف الصدقة وأما قوله عليه السلام لا تجوز الهبة الا مقبوضة والمراد نفى الملك لان الجواز بدونه ثابت ولانه عقد تبرع وفى اثبات الملك قبل القبض الزام المتبرع شيئا لم يتبرع به وهو التسليم فلا يصح بخلاف الوصية لان أوان ثبوت الملك فيها بعد الموت ولا الزام على المتبرع لعدم أهلية اللزوم وحق الوارث متأخر عن الوصية فلم يملكها (فان قبضها الموهوب له فى المجلس بغير أمر الواهب جاز) استحسانا (وان قبض بعد الافتراق لم يجز الا ان يأذن له الواهب فى القبض) والقياس أن لا يجوز فى الوجهين وهو قول الشافعى رحمه الله لان القبض تصرف فى ملك الواهب اذ ملكه قبل القبض باق فلا يصح بدون اذنه ولنا ان القبض بمنزلة القبول فى الهبة من حيث انه

يتوقف

يتوقف عليه ثبوت حكمه وهو الملك والمقصود منه اثبات الملك فيكون الايجاب منه تسليطا له على القبض بخلاف ما اذا قبض بعد الافتراق لانا انما أثبتنا التسليط فيه الحاقا له بالقبول والقبول يتقيد بالمجلس فكذا ما يلحق به بخلاف ما اذا نهاه عن القبض في المجلس لان الدلالة لا تعمل في مقابلة الصريح قال (وتنعقد الهبة بقوله وهبت ونحلت واعطيت) لان الاول صريح فيه والثاني مستعمل فيه قال عليه السلام أكل أولادك نحلت مثل هذا وكذا الثالث يقال أعطاك الله ووهبك الله بمعنى واحد (وكذا تنعقد بقوله أطعمتك هذا الطعام وجعلت هذا الثوب لك وأعمرتك هذا الشئ وحملتك على هذه الدابة اذا نوى بالحمل الهبة) اما الاول فلان الاطعام اذا أضيف الى ما يطعم عينه يراد به تمليك العين بخلاف ما اذا قال أطعمتك هذه الارض حيث تكون عارية لان عينها لا تطعم فيكون المراد أكل غلتها وأما الثاني فلان حرف اللام للتمليك وأما الثالث فلقوله عليه السلام فمن أعمر عمرى فهي للمعمر له ولورثته من بعده وكذا اذا قال جعلت هذه الدار لك عمرى لما قلنا وأما الرابع فلان الحمل هو الاركاب حقيقة فيكون عارية لكنه يحتمل الهبة يقال حمل الامير فلانا على فرس ويراد به التمليك فيحمل عليه عند نيته (ولو قال كسوتك هذا الثوب يكون هبة) لانه يراد به التمليك قال الله تعالى أو كسوتهم ويقال كسا الامير فلانا ثوبا أي ملكه منه (ولو قال منحتك هذه الجارية كانت عارية) لما روينا من قبل (ولو قال داري لك هبة سكنى أو سكنى هبة فهي عارية) لان العارية محكمة في تمليك المنفعة والهبة تحتملها وتحتمل تمليك العين فيحمل المحتمل على المحكم (وكذا اذا قال عمرى سكنى أو نحلى سكنى أو سكنى صدقة أو صدقة عارية أو عارية هبة) لما قدمناه (ولو قال هبة تسكنها فهي هبة) لان قوله تسكنها مشورة وليس بتفسير له وهو تنبيه على المقصود بخلاف قوله هبة سكنى لانه تفسير له قال (ولا تجوز الهبة فيما يقسم الا محوزة مقسومة وهبة المشاع فيما لا يقسم جائزة) وقال الشافعي رحمه الله تجوز في الوجهين لانه عقد تمليك فيصح في المشاع وغيره كالبيع بانواعه وهذا لان المشاع قابل لحكمه وهو الملك فيكون محلا له وكونه تبرعا لا يبطله الشيوع كالقرض والوصية ولنا ان القبض منصوص عليه في الهبة فيشترط كماله والمشاع لا يقبله الا بضم غيره اليه وذلك غير موهوب ولان في تجويزه الزامه شيئا لم يلتزمه وهو مؤنة القسمة ولهذا امتنع جوازه قبل القبض لئلا يلزمه التسليم بخلاف ما لا يقسم لان القبض القاصر هو الممكن فيكتفى به ولانه لا تلزمه مؤنة القسمة والمهايأة تلزمه فيما لم يتبرع به وهو المنفعة والهبة لاقت العين والوصية ليس من شرطها القبض وكذا البيع الصحيح وأما البيع الفاسد والصرف والسلم فالقبض فيها غير منصوص عليه ولانها عقود ضمان فتناسب لزوم مؤنة القسمة والقرض تبرع من وجه

وعقد ضمان من وجه فشرطنا القبض القاصر فيه دون القسمة عملا بالشبهين على ان القبض غير منصوص عليه فيه (ولو وهب من شريكه لايجوز) لان الحكم يدار على نفس الشيوع قال (ومن وهب شقصا مشاعا فالهبة فاسدة) لما ذكرنا (فان قسمه وسلمه جاز) لان تمامه بالقبض وعنده لاشيوع قال (ولو وهب دقيقا فى حنطة أو دهنا فى سمسم فالهبة فاسدة فان طحن وسلمه لم يجز) وكذا السمن فى اللبن لان الموهوب معدوم ولهذا لو استخرجه الغاصب يملكه والمعدوم ليس بمحل للملك فوقع العقد باطلا فلا ينعقد الا بالتجديد بخلاف ماتقدم لان المشاع محل للتمليك وهبة اللبن فى الضرع والصوف على ظهر الغنم والزرع والنخل فى الارض والتمر فى النخيل بمنزلة المشاع لان امتناع الجواز للاتصال وذلك يمنع القبض كالمشاع قال (واذا كانت العين فى يد الموهوب له ملكها بالهبة وان لم يجدد فيها قبضا) لان العين فى قبضه والقبض هو الشرط بخلاف ما اذا باعه منه لان القبض فى البيع مضمون فلا ينوب عنه قبض الامانة اما قبض الهبة فغير مضمون فينوب عنه (واذا وهب الاب لابنه الصغير هبة ملكها الابن بالعقد) لانه فى قبض الاب فينوب عن قبض الهبة ولا فرق بين ما اذا كان فى يده أو فى يد مودعه لان يده كيده بخلاف ما اذا كان مرهونا أو مغصوبا أو مبيعا بيعا فاسدا لانه فى يد غيره أو فى ملك غيره والصدقة فى هذا مثل الهبة وكذا اذا وهبت له أمه وهو فى عيالها والاب ميت ولا وصى له وكذلك كل من يعوله (وان وهب له أجنبى هبة تمت بقبض الاب) لانه يملك عليه الدائر بين النافع والضائر فاولى أن يملك النافع (وان وهب لليتيم هبة فقبضها له وليه وهو وصى الاب أو جد اليتيم أو وصيه جاز) لان لهؤلاء ولاية عليه لقيامهم مقام الاب (وان كان فى حجر امه فقبضها له جائز) لان لها الولاية فيما يرجع الى حفظه وحفظ ماله وهذا من بابه لانه لايبقى الا بالمال فلا بد من ولاية تحصيل النافع (وكذا اذا كان فى حجر أجنبى يربيه) لان له عليه يدا معتبرة الاترى انه لايتمكن أجنبى آخر أن ينزعه من يده فيملك ماتمحض نفعا فى حقه (وان قبض الصبى الهبة بنفسه جاز) معناه اذا كان عاقلا لانه نافع فى حقه وهو من أهله وفيما وهب للصغيرة يجوز قبض زوجها لها بعد الزفاف لتفويض الاب أمورها اليه دلالة بخلاف ما قبل الزفاف ويملكه مع حضرة الاب بخلاف الام وكل من يعولها غيرها حيث لايملكونه الا بعد موت الاب أو غيبته غيبة منقطعة فى الصحيح لان تصرف هؤلاء للضرورة لا بتفويض الاب ومع حضوره لاضرورة قال (واذا وهب اثنان من واحد دارا جاز) لانهما سلماها جملة

وهو قد قبضها جملة فلا شيوع (وان وهبها واحد من اثنين لا يجوز عند أبى حنيفة رحمه الله
وقالا يصح) لان هذه هبة الجملة منهما اذ التمليك واحد فلا يتحقق الشيوع كما اذا رهن من
رجلين دارا وله ان هذه هبة النصف من كل واحد منهما ولهذا لو كانت الهبة فيما لا يقسم فقبل
أحدهما صح ولان الملك يثبت لكل واحد منهما فى النصف فيكون التمليك كذلك لانه حكمه
وعلى هذا الاعتبار يتحقق الشيوع بخلاف الرهن لان حكمه الحبس ويثبت لكل منهما كملا اذ لا
تضايف فيه فلا شيوع ولهذا لو قضى دين احدهما لا يسترد شيأ من الرهن (وفى الجامع الصغير اذا
تصدق على محتاجين بعشرة دراهم أو وهبها لهما جاز ولو تصدق بها على غنيين أو وهبها لهما لم
يجز وقالا يجوز للغنيين أيضا) جعل كل واحد منهما مجازا عن الآخر والصلاحية ثابتة لان كل
واحد منهما تمليك بغير بدل وفرق بين الهبة والصدقة فى الحكم وفى الاصل سوى بينهما فقال
وكذلك الصدقة لان الشيوع مانع فى الفصلين لتوقفهما على القبض ووجه الفرق على هذه
الرواية ان الصدقة يراد بها وجه الله تعالى وهو واحد والهبة يراد بها وجه الغنى وهما اثنان وقيل
هذا هو الصحيح والمراد بالمذكور فى الاصل الصدقة على غنيين ولو وهب لرجلين دارا لاحدهما
ثلثاها وللآخر ثلثها لم يجز عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله يجوز
ولو قال لاحدهما نصفها وللآخر نصفها عن أبى يوسف رحمه الله فيه روايتان فابو حنيفة رحمه
الله مر على أصله وكذا محمد رحمه الله والفرق لابى يوسف رحمه الله ان بالتنصيص على الابعاض
ظهر ان قصده ثبوت الملك فى البعض فيتحقق الشيوع ولهذا لا يجوز اذا رهن من رجلين ونص
على الابعاض

﴿باب الرجوع فى الهبة﴾

قال (واذا وهب هبة لاجنبى فله الرجوع فيها) وقال الشافعى رحمه الله لا رجوع فيها لقوله
عليه السلام لا يرجع الواهب فى هبته الا الوالد فيما يهب لولده ولان الرجوع يضاد التمليك
والعقد لا يقتضى ما يضاده بخلاف هبة الوالد لولده على أصله لانه لم يتم التمليك لكونه جزأه
ولنا قوله عليه السلام الواهب أحق بهبته ما لم يثب منها أى ما لم يعوض ولان المقصود بالعقد هو
التعويض للعادة فتثبت له ولاية الفسخ عند فواته اذ العقد يقبله والمراد بما روى نفى استبداد
الرجوع واثباته للوالد فانه يتملكه للحاجة وذلك يسمى رجوعا وقوله فى الكتاب فله الرجوع
لبيان الحكم اما الكراهة فلازمة لقوله عليه السلام العائد فى هبته كالعائد فى قيئه وهذا
لاستقباحه ثم للرجوع موانع ذكر بعضها فقال (الا ان يعوضه عنها) لحصول المقصود
(أو تزيد زيادة متصلة) لانه لا وجه الى الرجوع فيها دون الزيادة لعدم الامكان ولا مع

الزيادة لعدم دخولها تحت العقد قال (أو بموت أحد المتعاقدين) لان بموت الموهوب له ينتقل الملك الى الورثة فصار كما اذا انتقل فى حال حياته واذا مات الواهب فوارثه أجنبى عن العقد اذ هو ما أوجبه (أو يخرج الهبة عن ملك الموهوب له) لانه حصل بتسليطه فلا ينقضه ولانه يتجدد الملك بتجدد سببه قال (وان وهب لآخر ارضا بيضاء فانبت فى ناحية منها نخلا أو بنى بيتا أو دكانا أو آريا وكان ذلك زيادة فيها فليس له ان يرجع فى شئ منها) لان هذه زيادة متصلة وقوله وكان ذلك زيادة فيها اشارة الى ان الدكان قد يكون صغيرا حقيرا لا يعد زيادة أصلا وقد تكون الارض عظيمة يعد ذلك زيادة فى قطعة منها فلا يمتنع الرجوع فى غيرها قال (فان باع نصفها غير مقسوم رجع فى الباقى) لان الامتناع بقدر المانع (وان لم يبع شيأ منها له ان يرجع فى نصفها) لان له ان يرجع فى كلها فكذا فى نصفها بالطريق الاولى (وان وهب هبة لذى رحم محرم منه فلا رجوع فيها) لقوله عليه الصلاة والسلام اذا كانت الهبة لذى رحم محرم منه لم يرجع فيها ولان المقصود فيها صلة الرحم وقد حصل (وكذلك ما وهب أحد الزوجين للآخر) لان المقصود فيها الصلة كما فى القرابة وانما ينظر الى هذا المقصود وقت العقد حتى لو تزوجها بعد ما وهب له لها فله الرجوع فيها ولو أبانها بعد ما وهب فلا رجوع قال (واذا قال الموهوب له للواهب خذ هذا عوضا عن هبتك أو بدلا عنها أو فى مقابلتها فقبضه الواهب سقط الرجوع) لحصول المقصود وهذه العبارات تؤدى معنى واحدا (وان عوضه أجنبى عن الموهوب له متبرعا فقبض الواهب العوض بطل الرجوع) لان العوض لاسقاط الحق فيصح من الاجنبى كبدل الخلع والصلح (واذا استحق نصف الهبة رجع بنصف العوض) لانه لم يسلم له ما يقابل نصفه (وان استحق نصف العوض لم يرجع فى الهبة الا ان يرد ما بقى ثم يرجع) وقال زفر رحمه الله يرجع بالنصف اعتبارا بالعوض الآخر ولنا انه يصلح عوضا للكل من الابتداء وبالاستحقاق ظهر انه لا عوض الا هو الا انه يتخير لانه ما أسقط حقه فى الرجوع الا ليسلم له كل العوض ولم يسلم له فله ان يرده قال (وان وهب دارا فعوضه من نصفها رجع الواهب فى النصف الذى لم يعوض) لان المانع خص النصف قال (ولا يصح الرجوع الا بتراضيهما أو بحكم الحاكم) لانه مختلف بين العلماء وفى أصله وهاء وفى حصول المقصود وعدمه خفاء فلا بد من الفصل بالرضاء أو القضاء حتى لو كانت الهبة عبدا فاعتقه قبل القضاء نفذ ولو منعه فهلك لا يضمن لقيام ملكه فيه وكذا اذا هلك فى يده بعد القضاء لان أول القبض غير مضمون وهذا دوام عليه الا ان يمنعه بعد طلبه لانه تعدى واذا رجع بالقضاء أو التراضى يكون فسخا من الاصل حتى لا يشترط قبض الواهب ويصح فى الشائع لان العقد وقع جائزا موجبا حق

الفسخ من الاصل فكان بالفسخ مستوفيا حقا ثابتا له فيظهر على الاطلاق بخلاف الرد بالعيب بعد القبض لان الحق هناك فى وصف السلامة لا فى الفسخ فافترقا قال (واذا تلفت العين الموهوبة فاستحقها مستحق وضمن الموهوب له لم يرجع على الواهب بشئ) لانه عقد تبرع فلا يستحق فيه السلامة وهو غير عامل له والغرور فى ضمن عقد المعاوضة سبب للرجوع لا فى ضمن غيره قال (واذا وهب بشرط العوض اعتبر التقابض فى المجلس فى العوضين وتبطل بالشيوع) لانه هبة ابتداء (فان تقابضا صح العقد وصار فى حكم البيع يرد بالعيب وخيار الرؤية وتستحق فيه الشفعة) لانه بيع انتهاء وقال زفر والشافعى رحمهما الله هو بيع ابتداء وانتهاء لان فيه معنى البيع وهو التمليك بعوض والعبرة فى العقود للمعانى ولهذا كان بيع العبد من نفسه اعتاقا ولنا انه اشتمل على جهتين فيجمع بينهما ما امكن عملا بالشبهين وقد امكن لان الهبة من حكمها تأخر الملك الى القبض وقد يتراخى عن البيع الفاسد والبيع من حكمه اللزوم وقد تنقلب الهبة لازمة بالتعويض فجمعنا بينهما بخلاف بيع نفس العبد من نفسه انه لا يمكن اعتبار البيع فيه اذ هو لا يصلح مالكا نفسه

﴿فصل﴾ قال (ومن وهب جارية الا حملها صحت الهبة وبطل الاستثناء) لان الاستثناء لا يعمل الا فى محل يعمل فيه العقد والهبة لا تعمل فى الحمل لكونه وصفا على ما بيناه فى البيوع فانقلب شرطا فاسدا والهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة وهذا هو الحكم فى النكاح والخلع والصلح عن دم العمد لانها لا تبطل بالشروط الفاسدة بخلاف البيع والاجارة والرهن لانها تبطل بها (ولو اعتق ما فى بطنها ثم وهبها جاز) لانه لم يبق الجنين على ملكه فاشبه الاستثناء (ولو دبر ما فى بطنها ثم وهبها لم يجز) لان الحمل بقى على ملكه فلم يكن شبيه الاستثناء ولا يمكن تنفيذ الهبة فيه لمكان التدبير فبقى هبة المشاع او هبة شئ هو مشغول بملك المالك (فان وهبها له على ان يردها عليه او على ان يعتقها او يتخذها ام ولد او وهب له دارا او تصدق عليه بدار على ان يرد عليه شيأ منها او يعوضه شيأ منها فالهبة جائزة والشرط باطل) لان هذه الشروط تخالف مقتضى العقد فكانت فاسدة والهبة لا تبطل بها الا ترى ان النبى عليه السلام اجاز العمرى وابطل شرط المعمر بخلاف البيع لانه عليه السلام نهى عن بيع وشرط ولان الشرط الفاسد فى معنى الربا وهو يعمل فى المعاوضات دون التبرعات قال (ومن كان له على آخر الف درهم فقال اذا جاء غد فهى لك او انت برىء منها او قال اذا اديت الى النصف فلك النصف او انت برىء من النصف الباقى فهو باطل) لان الابراء تمليك من وجه اسقاط من وجه وهبة الدين ممن

عليه ابراء وهذا لان الدين مال من وجه ومن هذا الوجه كان تمليكا ووصف من وجه ومن هذا الوجه كان اسقاطا ولهذا قلنا انه يرتد بالرد ولا يتوقف على القبول والتعليق بالشروط يختص بالاسقاطات المحضة التي يحلف بها كالطلاق والعتاق فلا يتعداها قال (والعمرى جائزة للمعمر له حال حياته ولورثته من بعده) لما روينا ومعناه أن يجعل داره له مدة عمره واذا مات ترد عليه فيصح التمليك ويبطل الشرط لما روينا وقد بينا أن الهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة (والرقبى باطلة عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف رحمه الله جائزة) لان قوله داري لك تمليك وقوله رقبى شرط فاسد كالعمرى ولهما أنه عليه السلام أجاز العمرى ورد الرقبى ولان معنى الرقبى عندهما أن مت قبلك فهو لك واللفظ من المراقبة كانه يراقب موته وهذا تعليق التمليك بالخطر فبطل واذا لم تصح تكون عارية عندهما لانه يتضمن اطلاق الانتفاع به

﴿فصل في الصدقة﴾ قال (والصدقة كالهبة لا تصح الا بالقبض) لانه تبرع كالهبة (فلا تجوز في مشاع يحتمل القسمة) لما ينافي الهبة (ولا رجوع في الصدقة) لان المقصود هو الثواب وقد حصل وكذلك اذا تصدق على غني استحسانا لانه قد يقصد بالصدقة على الغني الثواب وقد حصل وكذا اذا وهب لفقير لان المقصود هو الثواب وقد حصل قال (ومن نذر ان يتصدق بماله يتصدق بجنس ما يجب فيه الزكاة ومن نذر أن يتصدق بملكه لزمه أن يتصدق بالجميع) ويروى أنه والاول سواء وقد ذكرنا الفرق ووجه الروايتين في مسائل القضاء (ويقال له أمسك ما تنفقه على نفسك وعيالك الى أن تكتسب مالا فاذا اكتسب يتصدق بمثل ما أنفق) وقد ذكرناه من قبل

(كتاب الاجارات)

(الاجارة عقد على المنافع بعوض) لان الاجارة في اللغة بيع المنافع والقياس يأبى جوازه لان المعقود عليه المنفعة وهي معدومة واضافة التمليك الى ماسيوجد لا يصح الا أنا جوزناه لحاجة الناس اليه وقد شهدت بصحتها الآثار وهي قوله عليه السلام أعطوا الاجير أجره قبل أن يجف عرقه وقوله عليه السلام من استأجر أجيرا فليعلمه أجره وتنعقد ساعة فساعة على حسب حدوث المنفعة والدار اقيمت مقام المنفعة في حق اضافة العقد اليها ليرتبط الايجاب بالقبول ثم عمله يظهر في حق المنفعة تملكا واستحقاقا حال وجود المنفعة (ولا تصح حتى تكون المنافع معلومة والاجرة معلومة) لما روينا ولان الجهالة في المعقود عليه وفي بدله تفضي الى

المنازعة

المنازعه كجهالة الثمن والمثمن فى البيع (وماجاز أن يكون ثمنا فى البيع جاز أن يكون أجرة فى الاجارة) لان الاجرة ثمن المنفعه فتعتبر بثمن المبيع وما لا يصلح ثمنا يصلح أجرة أيضا كالاعيان فهذا اللفظ لا ينفى صلاحية غيره لانه عوض مالى (والمنافع تارة تصير معلومه بالمدة كالاستئجار الدور للسكنى والارضين للزراعه فيصح العقد على مدة معلومه أى مدة كانت) لان المدة اذا كانت معلومه كان قدر المنفعه فيها معلوما اذا كانت المنفعه لا تتفاوت وقوله أى مدة كانت اشارة الى أنه يجوز طالت المدة أو قصرت لكونها معلومه ولتحقق الحاجة اليها عسى الا أن فى الاوقاف لا تجوز الاجارة الطويلة كيلا يدعى المستأجر ملكها وهى مازاد على ثلاث سنين وهو المختار قال (وتارة تصير معلومه بنفسه كمن استأجر رجلا على صبغ ثوبه أو خياطته أو استأجر دابة ليحمل عليها مقدارا معلوما أو يركبها مسافة سماها) لانه اذا بين الثوب ولون الصبغ وقدره وجنس الخياطة والقدر المحمول وجنسه والمسافة صارت المنفعة معلومة فيصح العقد وربما يقال الاجارة قد تكون عقدا على العمل كاستئجار القصار والخياط ولا بد أن يكون العمل معلوما وذلك فى الاجير المشترك وقد تكون عقدا على المنفعة كما فى أجير الوحد ولا بد من بيان الوقت قال (وتارة تصير المنفعة معلومة بالتعيين والاشارة كمن استأجر رجلا لان ينقل له هذا الطعام الى موضع معلوم) لانه اذا أراه ما ينقله والموضع الذى يحمل اليه كانت المنفعة معلومة فيصح العقد

(باب الاجر متى يستحق)

قال (الاجرة لا تجب بالعقد وتستحق باحد معان ثلاثة اما بشرط التعجيل أو بالتعجيل من غير شرط أو باستيفاء المعقود عليه) وقال الشافعى رحمه الله تملك بنفس العقد لان المنافع المعدومة صارت موجودة حكما ضرورة تصحيح العقد فثبت الحكم فيما يقابله من البدل ولنا أن العقد ينعقد شيأ فشيأ على حسب حدوث المنافع على ما بينا والعقد معاوضة ومن قضيتها المساواة فمن ضرورة التراخى فى جانب المنفعة التراخى فى البدل الآخر واذا استوفى المنفعة يثبت الملك فى الاجر لتحقق التسوية وكذا اذا شرط التعجيل أو عجل من غير شرط لان المساواة تثبت حقاله وقد أبطله (واذا قبض المستأجر الدار فعليه الاجر وان لم يسكنها) لان تسليم عين المنفعة لا يتصور فاقمنا تسليم المحل مقامه اذ التمكن من الانتفاع يثبت به (فان غصبها غاصب من يده سقطت الاجرة) لان تسليم المحل انما أقيم مقام تسليم المنفعة للتمكن من الانتفاع فاذا فات التمكن فات التسليم وانفسخ العقد فيسقط الاجر (وان وجد الغصب فى

بعض المدة سقط بقدره) اذ الانفساخ فى بعضها (ومن استأجر دارا فللمؤاجر أن يطالبه باجرة
كل يوم) لانه استوفى منفعة مقصودة (الا أن يبين وقت الاستحقاق فى العقد) لانه بمنزلة
التأجيل (وكذلك اجارة الاراضى) لما بينا (ومن استأجر بعيرا الى مكة فللجمال أن
يطالبه باجرة كل مرحلة) لان سير كل مرحلة مقصود وكان أبو حنيفة رحمه الله يقول أولا لا يجب
الاجر الا بعد انقضاء المدة وانتهاء السفر وهو قول زفر رحمه الله لان المعقود عليه جملة المنافع
فى المدة فلا يتوزع الاجر على أجزائها كما اذا كان المعقود عليه العمل ووجه القول المرجوع اليه
أن القياس استحقاق الاجر ساعة فساعة لتحقق المساواة الا أن المطالبة فى كل ساعة تفضى الى
أن لا يتفرغ لغيره فيتضرر به فقدرنا بما ذكرنا قال (وليس للقصار والخياط أن يطالب بالاجرة
حتى يفرغ من العمل) لان العمل فى البعض غير منتفع به فلا يستوجب الاجر به وكذا اذا
عمل فى بيت المستأجر لا يستوجب الاجر قبل الفراغ لما بينا قال (الا أن يشترط التعجيل)
لما مر أن الشرط فيه لازم قال (ومن استأجر خبازا ليخبز له فى بيته قفيزا من دقيق بدرهم لم
يستحق الاجر حتى يخرج الخبز من التنور) لان تمام العمل بالاخراج فلو احترق أو سقط
من يده قبل الاخراج فلا أجر له للهلاك قبل التسليم (فان أخرجه ثم احترق من غير فعله فله
الاجرة) لانه صار مسلما اليه بالوضع فى بيته ولا ضمان عليه لانه لم توجد منه الجناية قال رضى
الله عنه وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله لانه أمانة فى يده وعندهما يضمن مثل دقيقه ولا أجر له
لانه مضمون عليه فلا يبرأ الا بعد حقيقة التسليم وان شاء ضمنه الخبز وأعطاه الاجر قال (ومن
استأجر طباخا ليطبخ له طعاما للوليمة فالغرف عليه) اعتبارا للعرف قال (ومن استأجر انسانا
ليضرب له لبنا استحق الاجرة اذا أقامها عند أبى حنيفة رحمه الله وقالا لا يستحقها حتى
يشرجها) لان التشريج من تمام عمله اذ لا يؤمن من الفساد قبله فصار كاخراج الخبز من
التنور ولان الاجير هو الذى يتولاه عرفا وهو المعتبر فيما لم ينص عليه ولابى حنيفة رحمه الله أن
العمل قد تم بالاقامة والتشريج عمل زائد كالنقل الا ترى أنه ينتفع به قبل التشريج بالنقل الى
موضع العمل بخلاف ما قبل الاقامة لانه طين منتشر وبخلاف الخبز لانه غير منتفع به قبل
الاخراج قال (وكل صانع لعمله أثر فى العين كالقصار والصباغ فله أن يحبس العين بعد الفراغ
من عمله حتى يستوفى الاجر) لان المعقود عليه وصف قائم فى الثوب فله حق الحبس لاستيفاء
البدل كما فى المبيع ولو حبسه فضاع فى يده لا ضمان عليه عند أبى حنيفة رحمه الله لانه غير متعد
فى الحبس فبقى أمانة كما كان عنده ولا أجر له لهلاك المعقود عليه قبل التسليم وعند أبى يوسف

ومحمد رحمهما الله العين كانت مضمونة قبل الحبس فكذا بعده لكنه بالخيار ان شاء ضمنه قيمته غير معمول ولا أجر له وان شاء ضمنه معمولا وله الاجر وسنبين من بعد ان شاء الله تعالى قال (وكل صانع ليس لعمله أثر فى العين فليس له ان يحبس العين للاجر كالحمال والملاح) لان المعقود عليه نفس العمل وهو غير قائم فى العين فلا يتصور حبسه فليس له ولاية الحبس وغسل الثوب نظير الحمل وهذا بخلاف الآبق حيث يكون للراد حق حبسه لاستيفاء الجعل ولا أثر لعمله لانه كان على شرف الهلاك وقد أحياه فكانه باعه منه فله حق الحبس وهذا الذى ذكرناه مذهب علمائنا الثلاثة وقال زفر رحمه الله ليس له حق الحبس فى الوجهين لانه وقع التسليم باتصال المبيع بملكه فيسقط حق الحبس ولنا أن الاتصال بالمحل ضرورة اقامة تسليم العمل فلم يكن هو راضيا به من حيث انه تسليم فلا يسقط الحبس كما اذا قبض المشترى بغير رضا البائع قال (واذا شرط على الصانع ان يعمل بنفسه فليس له ان يستعمل غيره) لان المعقود عليه اتصال العمل فى محل بعينه فيستحق عينه كالمنفعة فى محل بعينه (وان أطلق له العمل فله ان يستأجر من يعمله) لان المستحق عمل فى ذمته ويمكن ايفاؤه بنفسه وبالاستعانة بغيره بمنزلة ايفاء الدين

﴿فصل﴾ (ومن استأجر رجلا ليذهب الى البصرة فيجىء بعياله فذهب ووجد بعضهم قد مات فجاء بمن بقى فله الاجر بحسابه) لانه أوفى بعض المعقود عليه فيستحق العوض بقدره ومراده اذا كانوا معلومين (وان استأجره ليذهب بكتابه الى فلان بالبصرة ويجىء بجوابه فذهب فوجد فلانا ميتا فرده فلا أجر له) وهذا عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله له الاجر فى الذهاب لانه أوفى بعض المعقود عليه وهو قطع المسافة وهذا لان الاجر مقابل به لما فيه من المشقة دون حمل الكتاب لخفة مؤنته ولهما ان المعقود عليه نقل الكتاب لانه هو المقصود أو وسيلة اليه وهو العلم بما فى الكتاب لكن الحكم معلق به وقد نقضه فيسقط الاجر كما فى الطعام وهى المسئلة التى تلى هذه المسئلة (وان ترك الكتاب فى ذلك المكان وعاد يستحق الاجر بالذهاب بالاجماع) لان الحمل لم ينتقض (وان استأجره ليذهب بطعام الى فلان بالبصرة فذهب فوجد فلانا ميتا فرده فلا أجر له فى قولهم جميعا) لانه نقض تسليم المعقود عليه وهو حمل الطعام بخلاف مسئلة الكتاب على قول محمد رحمه الله لان المعقود عليه هنالك قطع المسافة على ما مر والله أعلم بالصواب

﴿باب ما يجوز من الاجارة وما يكون خلافا فيها﴾

قال (ويجوز استئجار الدور والحوانيت للسكنى وان لم يبين ما يعمل فيها) لان العمل المتعارف

فيها السكنى فينصرف اليه وانه لا يتفاوت فصح العقد (وله ان يعمل كل شئ) للاطلاق (الا انه لا يسكن حدادا ولا قصارا ولا طحانا الان فيه ضررا ظاهرا) لانه يوهن البناء فيتقيد العقد بما وراءها دلالة قال (ويجوز استئجار الاراضى للزراعة) لانها منفعة مقصودة معهودة فيها (وللمستأجر الشرب والطريق وان لم يشترط) لان الاجارة تعقد للانتفاع ولا انتفاع فى الحال الا بهما فيدخلان فى مطلق العقد بخلاف البيع لان المقصود منه ملك الرقبة الا الانتفاع فى الحال حتى يجوز بيع الجحش والارض السبخة دون الاجارة فلا يدخلان فيه من غير ذكر الحقوق وقد مر فى البيوع (ولا يصح العقد حتى يسمى ما يزرع فيها) لانها قد تستأجر للزراعة ولغيرها وما يزرع فيها متفاوت فلابد من التعيين كيلا تقع المنازعة (أو يقول على ان يزرع فيها ماشاء) لانه لما فوض الخيرة اليه ارتفعت الجهالة المفضية الى المنازعة (ويجوز ان يستأجر الساحة ليبنى فيها أو ليغرس فيها نخلا أو شجرا) لانها منفعة تقصد بالاراضى (ثم اذا انقضت مدة الاجارة لزمه ان يقلع البناء والغرس ويسلمها فارغة) لانه لا نهاية لهما ففى ابقائها اضرار بصاحب الارض بخلاف ما اذا انقضت المدة والزرع بقل حيث يترك باجر المثل الى زمان لادراك لان له نهاية معلومة فامكن رعاية الجانبين قال (الا ان يختار صاحب الارض ان يغرم له قيمة ذلك مقلوعا ويتملكه فله ذلك) وهذا برضا صاحب الغرس والشجر الا ان تنقص الارض بقلعهما فحينئذ يتملكهما بغير رضاه قال (أو يرضى بتركه على حاله فيكون البناء لهذا والارض لهذا) لان الحق له فله ان لا يستوفيه قال (وفى الجامع الصغير اذا انقضت مدة الاجارة وفى الارض رطبة فانها تقلع) لان الرطاب لا نهاية لها فاشبه الشجر قال (ويجوز استئجار الدواب للركوب والحمل) لانه منفعة معلومة معهودة (فان أطلق الركوب جاز له ان يركب من شاء) عملا بالاطلاق ولكن اذا ركب بنفسه أو اركب واحدا ليس له ان يركب غيره لانه تعين مرادا من الاصل والناس متفاوتون فى الركوب فصار كانه نص على ركوبه (وكذلك اذا استأجر ثوبا للبس واطلق جاز فيما ذكرنا) لاطلاق اللفظ وتفاوت الناس فى اللبس (وان قال على ان يركبها فلان أو يلبس الثوب فلان فاركبها غيره أو البسه غيره فعطب كان ضامنا) لان الناس يتفاوتون فى الركوب واللبس فصح التعيين وليس له ان يتعداه وكذلك كل ما يختلف باختلاف المستعمل لما ذكرنا فاما العقار وما لا يختلف باختلاف المستعمل اذا شرط سكنى واحد فله ان يسكن غيره لان التقييد غير مفيد لعدم التفاوت الذى يضر بالبناء والذى يضر بالبناء خارج على ما ذكرناه قال (وان سمى نوعا وقدرا معلوما يحمله على الدابة مثل ان يقول خمسة اقفزة حنطة فله ان يحمل ما هو مثل الحنطة فى الضرر أو أقل كالشعير والسمسم) لانه دخل تحت الاذن لعدم التفاوت أو لكونه خيرا

من

من الاول (وليس له ان يحمل ماهو أضر من الحنطة كالملح والحديد) لانعدام الرضابه (وان استأجرها ليحمل عليها قطناسماه فليس له ان يحمل عليها مثل وزنه حديدا) لانه ربما يكون اضر بالدابة فان الحديد يجتمع فى موضع من ظهرها والقطن ينبسط على ظهرها قال (وان استأجرها ليركبها فاردف معه رجلا فعطبت ضمن نصف قيمتها ولا معتبر بالثقل) لان الدابة قد يعقرها جهل الراكب الخفيف ويخف عليها ركوب الثقيل لعلمه بالفروسية ولان الآدمى غير موزون فلا يمكن معرفة الوزن فاعتبر عدد الراكب كعدد الجناة فى الجنايات (وان استأجرها ليحمل عليها مقدارا من الحنطة فحمل عليها أكثر منه فعطبت ضمن مازاد الثقل) لانها عطبت بما هو مأذون فيه وما هو غير مأذون فيه والسبب الثقل فانقسم عليهما (الا اذا كان حملا لا يطيقه مثل تلك الدابة فحينئذ يضمن كل قيمتها) لعدم الاذن فيها أصلا لخروجه عن العادة (وان كبح الدابة بلجامها أوضربها فعطبت ضمن عند أبى حنيفة وقالا لا يضمن اذا فعل فعلا متعارفا) لان المتعارف مما يدخل تحت مطلق العقد فكان حاصلا باذنه فلا يضمنه ولابى حنيفة ان الاذن مقيد بشرط السلامة اذ يتحقق السوق بدونه وانما هما للمبالغة فيتقيد بوصف السلامة كالمرور فى الطريق (وان استأجرها الى الحيرة فجاوزبها الى القادسية ثم ردها الى الحيرة ثم نفقت فهو ضامن وكذلك العارية) وقيل تأويل هذه المسئلة اذا استأجرها ذاهبا لا جائيا لينتهى العقد بالوصول الى الحيرة فلا يصير بالعود مردودا الى يد المالك معنى واما اذا استأجرها ذاهبا وجائيا فيكون بمنزلة المودع اذا خالف ثم عاد الى الوفاق وقيل لا بل الجواب مجرى على الاطلاق والفرق ان المودع مأمور بالحفظ مقصودا فبقى الامر بالحفظ بعد العود الى الوفاق فحصل الرد الى يد نائب المالك وفى الاجارة والعارية يصير الحفظ مامورا به تبعا للاستعمال لا مقصودا فاذا انقطع الاستعمال لم يبق هو نائبا فلا يبرأ بالعود وهذا أصح (ومن اكترى حمارا بسرج فنزع ذلك السرج وأسرجه بسرج يسرج بمثله الحمر فلا ضمان عليه) لانه اذا كان مماثل الاول تناوله اذن المالك اذ لا فائدة فى التقييد بغيره الا اذا كان زائدا عليه فى الوزن فحينئذ يضمن الزيادة (وان كان لا يسرج بمثله الحمر يضمن) لانه لم يتناوله الاذن من جهته فصار مخالفا (وان أوكفه باكاف لا يوكف بمثله الحمر يضمن) لما قلنا فى السرج وهذا أولى (وان أوكفه باكاف يوكف بمثله الحمر ضمن عند أبى حنيفة رحمه الله وقالا يضمن بحسابه) لانه اذا كان يوكف بمثله الحمر كان هو والسرج سواء فيكون المالك راضيا به الا اذا كان زائدا على السرج فى الوزن فيضمن الزيادة لانه لم يرض بالزيادة فصار كالزيادة فى الحمل المسمى اذا كانت من جنسه ولابى حنيفة رحمه الله ان الاكاف ليس من جنس السرج لانه للحمل والسرج للركوب وكذا ينبسط احدهما على ظهر الدابة مالا ينبسط عليه الآخر فكان مخالفا كما اذا حمل

الحديد وقد شرط له الحنطة (وان استأجر حمالا ليحمل له طعاما فى طريق كذا فاخذ فى طريق غيره يسلكه الناس فهلك المتاع فلا ضمان عليه وان بلغ فله الاجر) وهذا اذا لم يكن بين الطريقين تفاوت لان عند ذلك التقييد غير مفيد اما اذا كان تفاوت يضمن لصحة التقييد فانه تقييد مفيد الا ان الظاهر عدم التفاوت اذا كان طريقا يسلكه الناس فلم يفصل (وان كان طريقا لا يسلكه الناس فهلك ضمن) لانه صح التقييد فصار مخالفا (وان بلغ فله الاجر) لانه ارتفع الخلاف معنى وان بقى صورة (وان حمله فى البحر فيما يحمله الناس فى البر ضمن) لفحش التفاوت بين البر والبحر (وان بلغ فله الاجر) لحصول المقصود وارتفاع الخلاف معنى (ومن استأجر ارضا ليزرعها حنطة فزرعها رطبة ضمن ما نقصها) لان الرطاب اضر بالارض من الحنطة لانتشار عروقها فيها وكثرة الحاجة الى سقيها فكان خلافا الى شر فيضمن ما نقصها (ولا اجر له) لانه غاصب للارض على ما قررناه (ومن دفع الى خياط ثوبا ليخيطه قميصا بدرهم فخاطه قباء فان شاء ضمنه قيمة الثوب وان شاء اخذ القباء واعطاه اجر مثله ولا يجاوز به درهما) قيل معناه القرطق الذى هو ذو طاق واحد لانه يستعمل استعمال القميص وقيل هو مجرى على اطلاقه لانهما يتفاوتان فى المنفعة وعن ابى حنيفة رحمه الله انه يضمنه من غير خيار لان القباء خلاف جنس القميص ووجه الظاهر انه قميص من وجه لانه يشد وسطه فمن هذا الوجه يكون مخالفا لان القميص لا يشد وينتفع به انتفاع القميص فجاءت الموافقة والمخالفة فيميل الى اى الجهتين شاء الا انه يجب اجر المثل لقصور جهة الموافقة ولا يجاوز به الدرهم المسمى كما هو الحكم فى سائر الاجارات الفاسدة على ما نبينه فى بابه ان شاء الله تعالى ولو خاطه سراويل وقد امر بالقباء قيل يضمن من غير خيار للتفاوت فى المنفعة والاصح انه يخير للاتحاد فى اصل المنفعة وصار كما اذا امر بضرب طست من شبه فضرب منه كوزا فانه يخير كذا هذا والله اعلم

(باب الاجارة الفاسدة)

قال (الاجارة تفسدها الشروط كما تفسد البيع) لانه بمنزلته الا ترى انه عقد يقال ويفسخ (والواجب فى الاجارة الفاسدة اجر المثل لا يجاوز به المسمى) وقال زفر والشافعى رحمهما الله يجب بالغا ما بلغ اعتبارا ببيع الاعيان ولنا ان المنافع لا تتقوم بنفسها بل بالعقد لحاجة الناس فيكتفى بالضرورة فى الصحيح منها الا ان الفاسد تبع له فيعتبر ما يجعل بدلا فى الصحيح عادة لكنهما اذا اتفقا على مقدار فى الفاسد فقد اسقطا الزيادة واذا نقص اجر المثل لم يجب زيادة المسمى لفساد التسمية بخلاف البيع لان العين متقومة فى نفسه وهو الموجب الاصلى فان صحت التسمية انتقل عنه والا فلا (ومن استأجر دارا كل شهر بدرهم فالعقد صحيح فى شهر واحد فاسد فى بقية الشهور الا ان يسمى جملة شهور معلومة) لان الاصل ان كلمة كل اذا دخلت

فيما لا نهاية له تنصرف الى الواحد لتعذر العمل بالعموم فكان الشهر الواحد معلوما فصح العقد فيه واذا تم كان لكل واحد منهما أن ينقض الاجارة لانتهاء العقد الصحيح (فلو سمى جملة شهور معلومة جاز) لان المدة صارت معلومة قال (فان سكن ساعة من الشهر الثانى صح العقد فيه وليس للمؤاجر أن يخرجه الى ان ينقضى وكذلك كل شهر سكن فى أوله ساعة) لانه تم العقد بتراضيهما بالسكنى فى الشهر الثانى الا ان الذى ذكره فى الكتاب هو القياس وقد مال اليه بعض المشايخ وظاهر الرواية أن يبقى الخيار لكل واحد منهما فى الليلة الاولى من الشهر الثانى ويومها لان فى اعتبار الاول بعض الحرج (وان استأجر دارا سنة بعشرة دراهم جاز وان لم يبين قسط كل شهر من الاجرة) لان المدة معلومة بدون التقسيم فصار كاجارة شهر واحد فانه جائز وان لم يبين قسط كل يوم (ثم يعتبر ابتداء المدة مما سمى وان لم يسم شيئا فهو من الوقت الذى استأجره) لان الاوقات كلها فى حق الاجارة على السواء فاشبه اليمين بخلاف الصوم لان الليالى ليست بمحل له (ثم ان كان العقد حين يهل الهلال فشهور السنة كلها بالاهلة) لانها هى الاصل (وان كان فى أثناء الشهر فالكل بالايام) عند أبى حنيفة رحمه الله وهو رواية عن أبى يوسف رحمه الله وعند محمد وهو رواية عن أبى يوسف الاول بالايام والباقى بالاهلة لان الايام يصار اليها ضرورة وهى فى الاول منها وله انه متى تم الاول بالايام ابتدأ الثانى بالايام ضرورة وهكذا الى آخر السنة ونظيره العدة وقد مر فى الطلاق قال (ويجوز أخذ أجرة الحمام والحجام) أما الحمام فلتعارف الناس ولم تعتبر الجهالة لاجماع المسلمين قال عليه السلام ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن وأما الحجام فلما روى انه عليه السلام احتجم واعطى الحجام الاجرة ولانه استئجار على عمل معلوم باجر معلوم فيقع جائزا قال (ولا يجوز أخذ أجرة عسب التيس) وهو ان يؤاجر فحلا لينزو على الاناث لقوله عليه السلام ان من السحت عسب التيس والمراد أخذ الاجرة عليه قال (ولا الاستئجار على الاذان والحج وكذا الامامة وتعليم القرآن والفقه) والاصل ان كل طاعة يختص بها المسلم لا يجوز الاستئجار عليه عندنا وعند الشافعى رحمه الله يصح فى كل ما لا يتعين على الاجير لانه استئجار على عمل معلوم غير متعين عليه فيجوز ولنا قوله عليه السلام اقرؤا القرآن ولا تأكلوا به وفى آخر ما عهد رسول الله عليه السلام الى عثمان بن أبى العاص وان اتخذت مؤذنا فلا تأخذ على الاذان أجرا ولان القربة متى حصلت وقعت عن العامل ولهذا تعتبر أهليته فلا يجوز له أخذ الاجر من غيره كما فى الصوم والصلاة ولان التعليم مما لا يقدر المعلم عليه الا بمعنى من قبل المتعلم فيكون ملتزما ما لا يقدر على تسليمه فلا يصح وبعض مشايخنا استحسنوا الاستئجار على تعليم القرآن اليوم لانه

ظهر التواني في الامور الدينية ففي الامتناع تضييع حفظ القرآن وعليه الفتوى قال (ولا
يجوز الاستئجار على الغناء والنوح وكذا سائر الملاهي) لانه استئجار على المعصية والمعصية
لا تستحق بالعقد قال (ولا يجوز اجارة المشاع عند أبي حنيفة رحمه الله الا من الشريك وقالا
اجارة المشاع جائزة) وصورته أن يؤجر نصيبا من داره أو نصيبه من دار مشتركة من غير
الشريك لهما ان للمشاع منفعة ولهذا يجب أجر المثل والتسليم ممكن بالتخلية أو بالتهايؤ
فصار كما اذا آجر من شريكه أو من رجلين وصار كالبيع ولابي حنيفة رحمه الله انه آجر مالا
يقدر على تسليمه فلا يجوز وهذا لان تسليم المشاع وحده لا يتصور والتخلية اعتبرت تسليما
لوقوعه تمكينا وهو الفعل الذي يحصل به التمكن ولا تمكن في المشاع بخلاف البيع لحصول
التمكن فيه وأما التهايؤ فانما يستحق حكما للعقد بواسطة الملك وحكم العقد يعقبه والقدرة على
التسليم شرط العقد وشرط الشيء يسبقه ولا يعتبر المتراخي سابقا وأما اذا آجر من شريكه فالكل
يحدث على ملكه فلا شيوع والاختلاف في النسبة لا يضره على انه لا يصح في رواية الحسن عنه
وبخلاف الشيوع الطاري لان القدرة على التسليم ليس بشرط للبقاء وبخلاف ما اذا آجر من
رجلين لان التسليم يقع جملة ثم الشيوع بتفرق الملك فيما بينهما طاري قال (ويجوز استئجار الظئر
باجرة معلومة) لقوله تعالى فان أرضعن لكم فآتوهن أجورهن ولان التعامل به كان جاريا على
عهد رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم وقبله وأقرهم عليه ثم قيل ان العقد يقع على المنافع وهي
خدمتها للصبي والقيام به واللبن يستحق على طريق التبع بمنزلة الصبغ في الثوب وقيل ان
العقد يقع على اللبن والخدمة تابعة ولهذا لو أرضعته بلبن شاة لا تستحق الاجر والاول أقرب الى
الفقه لان عقد الاجارة لا ينعقد على اتلاف الاعيان مقصودا كما اذا استأجر بقرة ليشرب لبنها
وسنبين العذر عن الارضاع بلبن الشاة ان شاء الله تعالى واذا ثبت ما ذكرنا يصح اذا كانت الاجرة
معلومة اعتبارا بالاستئجار على الخدمة قال (ويجوز بطعامها وكسوتها استحسانا عند أبي
حنيفة رحمه الله وقالا لا يجوز) لان الاجرة مجهولة فصار كما اذا استأجرها للخبز والطبخ وله
ان الجهالة لا تفضي الى المنازعة لان في العادة التوسعة على الاظآر شفقة على الاولاد فصار
كبيع قفيز من صبرة بخلاف الخبز والطبخ لان الجهالة فيه تفضي الى المنازعة (وفي الجامع
الصغير فان سمى الطعام دراهم ووصف جنس الكسوة وأجلها وذرعها فهو جائز) يعني
بالاجماع ومعنى تسمية الطعام دراهم أن يجعل الاجرة دراهم ثم يدفع الطعام مكانها وهذا لا
جهالة فيه (ولو سمى الطعام وبين قدره جاز أيضا) لما قلنا (ولا يشترط تأجيله) لان أوصافها أثمان
(ويشترط بيان مكان الايفاء) عند أبي حنيفة خلافا لهما وقد ذكرناه في البيوع (وفي الكسوة يشترط
بيان الاجل أيضا مع بيان القدر والجنس) لانه انما يصير دينا في الذمة اذا صار مبيعا وانما يصير

مبيعا عند الاجل كما فى السلم قال (وليس للمستأجر أن يمنع زوجها من وطئها) لان الوطء حق الزوج فلا يتمكن من ابطال حقه ألا ترى ان له أن يفسخ الاجارة اذا لم يعلم به صيانة لحقه الا أن المستأجر يمنعه عن غشيانها فى منزله لان المنزل حقه (فان حبلت كان لهم أن يفسخوا الاجارة اذا خافوا على الصبى من لبنها) لان ابن الحامل يفسد الصبى فلهذا كان لهم الفسخ اذا مرضت أيضا (وعليها أن تصلح طعام الصبى) لان العمل عليهما والحاصل أنه يعتبر فيما لا نص عليه العرف فى مثل هذا الباب فما جرى به العرف من غسل ثياب الصبى واصلاح الطعام وغير ذلك فهو على الظئر أما الطعام فعلى والد الولد وماذكر محمد رحمه الله أن الدهن والريحان على الظئر فذلك من عادة أهل الكوفة (وان أرضعته فى المدة بلبن شاة فلا أجر لها) لانها لم تأت بعمل مستحق عليها وهو الارضاع فان هذا ايجار وليس بارضاع وانما يجب الاجر لهذا المعنى انه اختلف العمل قال (ومن دفع الى حائك غزلا لينسجه بالنصف فله أجر مثله وكذا اذا استأجر حمارا يحمل عليه طعاما بقفيز منه فالاجارة فاسدة) لانه جعل الاجر بعض ما يخرج من عمله فيصير فى معنى قفيز الطحان وقد نهى النبى عليه السلام عنه وهو أن يستأجر ثورا ليطحن له حنطة بقفيز من دقيقه وهذا أصل كبير يعرف به فساد كثير من الاجارات لا سيما فى ديارنا والمعنى فيه أن المستأجر عاجز عن تسليم الاجر وهو بعض المنسوج أو المحمول اذ حصوله بفعل الاجير فلا يعد هو قادرا بقدرة غيره وهذا بخلاف ما اذا استأجره ليحمل نصف طعامه بالنصف الآخر حيث لا يجب له الاجر لان المستأجر ملك الاجير فى الحال بالتعجيل فصار مشتركا بينهما ومن استأجر رجلا لحمل طعام مشترك بينهما لا يجب الاجر لان ما من جزء يحمله الا وهو عامل لنفسه فيه فلا يتحقق تسليم المعقود عليه (ولا يجاوز بالاجر قفيزا) لانه لما فسدت الاجارة فالواجب الاقل مما سمى ومن أجر المثل لانه رضى بحط الزيادة وهذا بخلاف ما اذا اشتركا فى الاحتطاب حيث يجب الاجر بالغا ما بلغ عند محمد لان المسمى هنالك غير معلوم فلم يصح الحط قال (ومن استأجر رجلا ليخبز له هذه العشرة المخاتيم من الدقيق اليوم بدرهم فهو فاسد وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله فى الاجارات هو جائز) لانه يجعل المعقود عليه عملا ويجعل ذكر الوقت للاستعجال تصحيحا للعقد فترتفع الجهالة وله أن المعقود عليه مجهول لان ذكر الوقت يوجب كون المنفعة معقودا عليها وذكر العمل يوجب كونه معقودا عليه ولا ترجيح ونفع المستأجر فى الثانى ونفع الاجير فى الاول فيفضى الى المنازعة وعن أبى حنيفة رحمه الله أنه يصح الاجارة اذا قال فى اليوم وقد سمى عملا لانه للظرف فكان المعقود عليه العمل بخلاف قوله اليوم وقد مر مثله فى الطلاق قال (ومن استأجر ارضا على ان يكربها ويزرعها ويسقيها فهو جائز) لان الزراعة مستحقة بالعقد ولا تتأتى الزراعة الا بالسقى والكراب

فكان كل واحد منهما مستحقا وكل شرط هذه صفته يكون من مقتضيات العقد فذكره لا يوجب الفساد (فان شرط أن يثنيها أو يكرى أنهارها أو يسرقنها فهو فاسد) لانه يبقى أثره بعد انقضا المدة وأنه ليس من مقتضيات العقد وفيه منفعة لاحد المتعاقدين وما هذا حاله يوجب الفساد لان مؤاجر الارض يصير مستأجرا منافع الاخير على وجه يبقى بعد المدة فيصير صفقتان فى صفقة وهو منهى عنه ثم قيل المراد بالتثنية أن يردها مكروبة ولا شبهة فى فساده وقيل أن يكربها مرتين وهذا فى موضع تخرج الارض الريع بالكراب مرة والمدة سنة واحدة وان كانت ثلاث سنين لا تبقى منفعته وليس المراد بكرى الانهار الجداول بل المراد منها الانهار العظام هو الصحيح لانه تبقى منفعته فى العام القابل قال (وان استأجرها ليزرعها بزراعة ارض أخرى فلا خير فيه) وقال الشافعى رحمه الله هو جائز وعلى هذا اجارة السكنى بالسكنى واللبس باللبس والركوب بالركوب له أن المنافع بمنزلة الاعيان حتى جازت الاجارة باجرة دين ولا يصير دينا بدين ولنا أن الجنس بانفراده يحرم النساء عندنا فصار كبيع القوهى بالقوهى نسيئة والى هذا أشار محمد رحمه الله ولان الاجارة جوزت بخلاف القياس للحاجة ولا حاجة عند اتحاد الجنس بخلاف ما اذا اختلف جنس المنفعة قال (واذا كان الطعام بين رجلين فاستأجر أحدهما صاحبه أو حمار صاحبه على أن يحمل نصيبه فحمل الطعام كله فلا أجر له) وقال الشافعى رحمه الله له المسمى لان المنفعة عين عنده وبيع العين شائعا جائز فصار كما اذا استأجر دارا مشتركة بينه وبين غيره ليضع فيها الطعام أو عبدا مشتركا ليخيط له الثياب ولنا أنه استاجره لعمل لا وجود له لان الحمل فعل حسى لا يتصور فى الشائع بخلاف البيع لانه تصرف حكمى واذا لم يتصور تسليم المعقود عليه لا يجب الاجر ولان ما من جزء يحمله الا وهو شريك فيه فيكون عاملا لنفسه فلا يتحقق التسليم بخلاف الدار المشتركة لان المعقود عليه هنالك المنافع ويتحقق تسليمها بدون وضع الطعام وبخلاف العبد لان المعقود عليه انما هو ملك نصيب صاحبه وأنه أمر حكمى يمكن ايقاعه فى الشائع (ومن استأجر أرضا ولم يذكر أنه يزرعها أو أى شئ يزرعها فالاجارة فاسدة) لان الارض تستأجر للزراعة ولغيرها وكذا ما يزرع فيها مختلف فمنه ما يضر بالارض وما لا يضر بها غيره فلم يكن المعقود عليه معلوما (فان زرعها ومضى الاجل فله المسمى) وهذا استحسان وفى القياس لا يجوز وهو قول زفر لانه وقع فاسدا فلا ينقلب جائزا وجه الاستحسان أن الجهالة ارتفعت قبل تمام العقد فينقلب جائزا كما اذا ارتفعت فى حالة العقد وصار كما اذا أسقط الاجل المجهول قبل مضيه والخيار الزائد فى المدة (ومن استأجر حمارا الى بغداد بدرهم ولم يسم ما يحمل عليه فحمل ما يحمل الناس فنفق فى نصف الطريق فلا ضمان عليه) لان العين المستأجرة أمانة فى يد المستأجر وان كانت الاجارة فاسدة (فان بلغ الى بغداد فله الاجر المسمى) استحسانا على ما ذكرنا

فى المسئلة الاولى (وان اختصما قبل أن يحل عليه) وفى المسئلة الاولى قبل أن يزرع (نقضت الاجارة) دفعا الفساد اذ الفساد قائم بعد

﴿باب ضمان الاجير﴾

قال (الاجراء على ضربين أجير مشترك وأجير خاص فالمشترك من لا يستحق الاجرة حتى لا يعمل كالصباغ والقصار) لان المعقود عليه اذا كان هو العمل أو أثره كان له أن يعمل العامة لان منافعه لم تصر مستحقة لواحد فمن هذا الوجه يسمى مشتركا قال (والمتاع أمانة فى يده فان هلك لم يضمن شيأ عند أبى حنيفة رحمه الله وهو قول زفر رحمه الله ويضمنه عندهما الامن شئ غالب كالحريق الغالب والعدو المكابر) لهما ماروى عن عمر وعلى رضى الله عنهما أنهما كانا يضمنان الاجير المشترك ولان الحفظ مستحق عليه اذ لا يمكنه العمل الا به فاذا هلك بسبب يمكن الاحتراز عنه كالغصب والسرقة كان التقصير من جهته فيضمنه كالوديعة اذا كانت باجر بخلاف ما لا يمكن الاحتراز عنه كالموت حتف أنفه والحريق الغالب وغيره لانه لا تقصير من جهته ولابى حنيفة رحمه الله أن العين أمانة فى يده لان القبض حصل باذنه ولهذا لو هلك بسبب لا يمكن الاحتراز عنه لا يضمنه ولو كان مضمونا يضمنه كما فى المغصوب والحفظ مستحق عليه تبعا لا مقصودا ولهذا لا يقابله الاجر بخلاف المودع بالاجر لان الحفظ مستحق عليه مقصودا حتى يقابله الاجر قال (وما تلف بعمله كتخريق الثوب من دقه وزلق الحمال وانقطاع الحبل الذى يشد به المكارى الحمل وغرق السفينة من مده مضمون عليه) وقال زفر والشافعى رحمهما الله لا ضمان عليه لانه أمره بالفعل مطلقا فينتظمه بنوعيه المعيب والسليم وصار كاجير الوحد ومعين القصار ولنا أن الداخل تحت الاذن ما هو الداخل تحت العقد وهو العمل المصلح لانه هو الوسيلة الى الاثر وهو المعقود عليه حقيقة حتى لو حصل بفعل الغير يجب الاجر فلم يكن المفسد مأذونا فيه بخلاف المعين لانه متبرع فلا يمكن تقييده بالمصلح لانه يمتنع عن التبرع وفيما نحن فيه يعمل بالاجر فامكن تقييده وبخلاف اجير الوحد على ما نذكره ان شاء الله تعالى وانقطاع الحبل من قلة اهتمامه فكان من صنيعه قال (الا أنه لا يضمن به بنى آدم ممن غرق فى السفينة أو سقط من الدابة وان كان بسوقه وقوده) لان الواجب ضمان الآدمى وأنه لا يجب بالعقد وانما يجب بالجناية ولهذا يجب على العاقلة وضمان العقود لا تتحمله العاقلة قال (واذا استأجر من يحمل له دنا من الفرات فوقع فى بعض الطريق فانكسر فان شاء ضمنه قيمته فى المكان الذى حمله ولا أجر له وان شاء ضمنه قيمته فى الموضع الذى انكسر وأعطاه أجره بحسابه) أما الضمان فلما قلنا والسقوط بالعثار أو بانقطاع الحبل وكل ذلك من صنيعه وأما الخيار فلانه

اذا انكسر فى الطريق والحمل شئ واحد تبين أنه وقع تعديا من الابتداء من هذا الوجه وله وجه آخر وهو ان ابتداء الحمل حصل باذنه فلم يكن من الابتداء تعديا وانما صار تعديا عند الكسر فيميل الى أى الوجهين شاء وفى الوجه الثانى له الاجر بقدر ما استوفى وفى الوجه الاول لا أجر له لانه ما استوفى أصلا قال (واذا فصد الفصاد أو بزغ البزاغ ولم يتجاوز الموضع المعتاد فلا ضمان عليه فيما عطب من ذلك وفى الجامع الصغير بيطار بزغ دابة بدانق فنفقت أو حجام حجم عبدا بامر مولاه فمات فلا ضمان عليه) وفى كل واحد من العبارتين نوع بيان ووجهه أنه لا يمكنه التحرز عن السراية لانه يبتنى على قوة الطبائع وضعفها فى تحمل الالم فلا يمكن التقييد بالمصلح من العمل ولا كذلك دق الثوب ونحوه مما قدمناه لان قوة الثوب ورقته تعرف بالاجتهاد فامكن القول بالتقييد قال (والاجير الخاص الذى يستحق الاجرة بتسليم نفسه فى المدة وان لم يعمل كمن استؤجر شهرا للخدمة أو لرعى الغنم) وانما سمى أجير وحد لانه لا يمكنه أن يعمل لغيره لان منافعه فى المدة صارت مستحقة له والاجر مقابل بالمنافع ولهذا يبقى الاجر مستحقا وان نقض العمل قال (ولا ضمان على الاجير الخاص فيما تلف فى يده ولا ما تلف من عمله) أما الاول فلان العين أمانة فى يده لانه قبض باذنه وهذا ظاهر عند أبى حنيفه وكذا عندهما لان تضمين الاجير المشترك نوع استحسان عندهما لصيانة أموال الناس وأجير الوحد لا يتقبل الاعمال فتكون السلامة غالبة فيؤخذ فيه بالقياس وأما الثانى فلان المنافع متى صارت مملوكة للمستأجر فاذا أمره بالتصرف فى ملكه صح ويصير نائبا منابه فيصير فعله منقولا اليه كانه فعل بنفسه فلهذا لا يضمنه والله أعلم

﴿باب الاجارة على أحد الشرطين﴾

(واذا قال للخياط ان خطت هذا الثوب فارسيا فبدرهم وان خطته روميا فبدرهمين جاز وأى عمل من هذين العملين عمل استحق الاجر به) وكذا اذا قال للصباغ ان صبغته بعصفر فبدرهم وان صبغته بزعفران فبدرهمين وكذا اذا خيره بين شيئين بان قال آجرتك هذه الدار شهرا بخمسة أو هذه الدار الاخرى بعشرة وكذا اذا خيره بين مسافتين مختلفتين بان قال آجرتك هذه الدابة الى الكوفة بكذا أو الى واسط بكذا وكذا اذا خيره بين ثلاثة أشياء وان خيره بين أربعة أشياء لم يجز والمعتبر فى جميع ذلك البيع والجامع دفع الحاجة غير أنه لا بد من اشتراط الخيار فى البيع وفى الاجارة لا يشترط ذلك لان الاجر انما يجب بالعمل وعند ذلك يصير المعقود عليه معلوما وفى البيع يجب الثمن بنفس العقد فتتحقق الجهالة على وجه لا ترتفع المنازعة الا باثبات الخيار (ولو قال ان خطته اليوم فبدرهم وان خطته غدا فبنصف درهم فان خاطه اليوم فله درهم وان

خاطه غداً فله أجر مثله عند أبى حنيفة رحمه الله لايجاوز به نصف درهم وفى الجامع الصغير لاينقص من نصف درهم ولا يزاد على درهم وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله الشرطان جائزان) قال زفر الشرطان فاسدان لان الخياطة شئ واحد وقد ذكر بمقابلته بدلان على البدل فيكون مجهولا وهذا لان ذكر اليوم للتعجيل وذكر الغد للترفيه فيجتمع فى كل يوم تسميتان ولهما أن ذكر اليوم للتأقيت وذكر الغد للتعليق فلا يجتمع فى كل يوم تسميتان ولان التعجيل والتأخير مقصود فتنزل منزلة اختلاف النوعين ولابى حنيفة رحمه الله ان ذكر الغد للتعليق حقيقة ولا يمكن حمل اليوم على التأقيت لان فيه فساد العقد لاجتماع الوقت والعمل واذا كان كذلك يجتمع فى الغد تسميتان دون اليوم فيصح اليوم الاول ويجب المسمى ويفسد الثانى ويجب أجر المثل لايجاوز به نصف درهم لانه هو المسمى فى اليوم الثانى وفى الجامع الصغير لايزاد على درهم ولا ينقص من نصف درهم لان التسمية الاولى لاتنعدم فى اليوم الثانى فتعتبر لمنع الزيادة وتعتبر التسمية الثانية لمنع النقصان فان خاطه فى اليوم الثالث لايجاوز به نصف درهم عند أبى حنيفة رحمه الله هو الصحيح لانه اذا لم يرض بالتأخير الى الغد فبالزيادة عليه الى مابعد الغد أولى (ولو قال ان سكنت فى هذا الدكان عطارا فبدرهم فى الشهر وان سكنته حدادا فبدرهمين جاز وأى الامرين فعل استحق المسمى فيه عند أبى حنيفة رحمه الله وقالا الاجارة فاسدة وكذا اذا استأجر بيتا على أنه ان سكن فيه عطارا فبدرهم وان سكن فيه حدادا فبدرهمين فهو جائز عند أبى حنيفة رحمه الله وقالا لايجوز ومن استأجر دابة الى الحيرة بدرهم وان جاوز بها الى القادسية فبدرهمين فهو جائز) ويحتمل الخلاف (ومن استأجرها الى الحيرة على أنه ان حمل عليها كر شعير فبنصف درهم وان حمل عليها كر حنطة فبدرهم فهو جائز فى قول أبى حنيفة رحمه الله وقالا لايجوز) وجه قولهما أن المعقود عليه مجهول وكذا الاجر أحد الشيئين وهو مجهول والجهالة توجب الفساد بخلاف الخياطة الرومية والفارسية لان الاجر يجب بالعمل وعنده ترتفع الجهالة أما فى هذه المسائل يجب الاجر بالتخلية والتسليم فتبقى الجهالة وهذا الحرف هو الاصل عندهما ولابى حنيفة رحمه الله أنه خيره بين عقدين صحيحين مختلفين فيصح كما فى مسئلة الرومية والفارسية وهذا لان سكناه بنفسه يخالف اسكانه الحداد الاترى أنه لايدخل ذلك فى مطلق العقد وكذا فى أخواتها والاجارة تعقد للانتفاع وعنده ترتفع الجهالة والله أعلم

(باب اجارة العبد)

(ومن استأجر عبدا ليخدمه فليس له أن يسافر به الا ان يشترط ذلك) لان خدمة السفر اشتملت على زيادة مشقة فلا ينتظمها الاطلاق ولهذا جعل السفر عذرا فلا بد من اشتراطه كاسكان الحداد والقصار فى الدار ولان التفاوت بين الخدمتين ظاهر فاذا تعينت الخدمة فى الحضر لا يبقى غيره داخلا كما فى الركوب (ومن استأجر عبدا محجورا عليه شهرا واعطاه الاجر فليس للمستأجر ان يأخذ منه الاجر) واصله أن الاجارة صحيحة استحسانا اذا فرغ من العمل والقياس أن لا يجوز لانعدام اذن المولى وقيام الحجر فصار كما اذا هلك العبد وجه الاستحسان أن التصرف نافع على اعتبار الفراغ سالما ضار على اعتبار هلاك العبد والنافع مأذون فيه كقبول الهبة واذا جاز ذلك لم يكن للمستأجر أن يأخذ منه الاجر (ومن غصب عبدا فآجر العبد نفسه فاخذ الغاصب الاجر فاكله فلا ضمان عليه عند أبى حنيفة رحمه الله وقالا هو ضامن) لانه أكل مال المالك بغير اذنه اذ الاجارة قد صحت على ما مر وله أن الضمان انما يجب باتلاف مال محرز لان التقوم به وهذا غير محرز فى حق الغاصب لان العبد لا يحرز نفسه عنه فكيف يحرز ما فى يده (وان وجد المولى الاجر قائما بعينه أخذه) لانه وجد عين ماله (ويجوز قبض العبد الاجر فى قولهم جميعا) لانه مأذون له فى التصرف على اعتبار الفراغ على ما مر (ومن استأجر عبدا هذين الشهرين شهرا باربعة وشهرا بخمسة فهو جائز والاول منهما باربعة) لان الشهر المذكور اولا ينصرف الى ما يلى العقد تحريا للجواز أو نظرا الى تنجز الحاجة فينصرف الثانى الى ما يلى الاول ضرورة (ومن استأجر عبدا شهرا بدرهم فقبضه فى أول الشهر ثم جاء آخر الشهر وهو آبق أو مريض فقال المستأجر أبق أو مرض حين أخذته وقال المولى لم يكن ذلك الا قبل أن تأتينى بساعة فالقول قول المستأجر وان جاء به وهو صحيح فالقول قول المؤاجر) لانهما اختلفا فى أمر محتمل فيترجح بحكم الحال اذ هو دليل على قيامه من قبل وهو يصلح مرجحا ان لم يصلح حجة فى نفسه وأصله الاختلاف فى جريان ماء الطاحونة وانقطاعه والله سبحانه وتعالى أعلم

(باب الاختلاف فى الاجارة)

قال (واذا اختلف الخياط ورب الثوب فقال رب الثوب أمرتك أن تعمله قباء وقال الخياط بل قميصا أو قال صاحب الثوب للصباغ أمرتك أن تصبغه أحمر فصبغته أصفر وقال الصباغ لا بل أمرتنى أصفر فالقول لصاحب الثوب) لان الاذن يستفاد من جهته الا ترى أنه لو أنكر أصل

الاذن كان القول قوله فكذا اذا أنكر صفته لكن يحلف لانه أنكر شيأ لو أقر به لزمه قال (واذا حلف فالخياط ضامن) ومعناه ما مر من قبل انه بالخيار ان شاء ضمنه وان شاء أخذه وأعطاه أجر مثله وكذا يخير فى مسئلة الصبغ اذا حلف ان شاء ضمنه قيمة الثوب أبيض وان شاء أخذ الثوب وأعطاه أجر مثله لايجاوز به المسمى وذكر فى بعض النسخ يضمنه مازاد الصبغ فيه لانه بمنزلة الغصب (وان قال صاحب الثوب عملته لى بغير أجر وقال الصانع باجر فالقول قول صاحب الثوب) عند أبى حنيفة لانه ينكر تقوم عمله اذ هو يتقوم بالعقد وينكر الضمان والصانع يدعيه والقول قول المنكر (وقال أبو يوسف رحمه الله ان كان الرجل حريفاله) أى خليطاله (فله الاجر والافلا) لان سبق ما بينهما يعين جهة الطلب باجر جريا على معتادهما (وقال محمد رحمه الله ان كان الصانع معروفا بهذه الصنعة بالاجر فالقول قوله) لانه لما فتح الحانوت لاجله جرى ذلك مجرى التنصيص على الاجر اعتبار اللظاهر والقياس ماقاله أبو حنيفة رحمه الله لانه منكر والجواب عن استحسانيهما ان الظاهر للدفع والحاجة ههنا الى الاستحقاق والله أعلم

﴿باب فسخ الاجارة﴾

قال (ومن استأجر دارا فوجد بها عيبا يضر بالسكنى فله الفسخ) لان المعقود عليه المنافع وانها توجد شيأ فشيأ فكان هذا عيبا حادثا قبل القبض فيوجب الخيار كما فى البيع ثم المستأجر اذا استوفى المنفعة فقد رضى بالعيب فيلزمه جميع البدل كما فى البيع وان فعل المؤاجر ماأزال به العيب فلاخيار للمستأجر لزوال سببه قال (واذا خربت الدار أو انقطع شرب الضيعة أو انقطع الماء عن الرحى انفسخت الاجارة) لان المعقود عليه قد فات وهى المنافع المخصوصة قبل القبض فشابه فوت المبيع قبل القبض وموت العبد المستأجر ومن أصحابنا من قال ان العقد لاينفسخ لان المنافع قد فاتت على وجه يتصور عودها فاشبه الاباق فى البيع قبل القبض وعن محمد رحمه الله ان الآجر لو بناها ليس للمستأجر ان يمتنع ولا للآجر وهذا تنصيص منه على انه لم ينفسخ لكنه يفسخ (ولو انقطع ماء الرحى والبيت مما ينتفع به لغير الطحن فعليه من الاجر بحصته) لانه جزء من المعقود عليه قال (واذا مات أحد المتعاقدين وقد عقد الاجارة لنفسه انفسخت الاجارة) لانه لو بقى العقد تصير المنفعة المملوكة به والاجرة المملوكة لغير العاقد مستحقة بالعقد لانه ينتقل بالموت الى الوارث وذلك لايجوز (وان عقدها لغيره لم تنفسخ) مثل الوكيل والوصى والمتولى فى الوقف لانعدام ما أشرنا اليه من المعنى قال (ويصح شرط الخيار فى الاجارة) وقال الشافعى رحمه الله لايصح لان المستأجر لايمكنه رد المعقود عليه بكماله لو كان الخيار له لفوات بعضه ولو كان للمؤاجر فلا يمكنه التسليم أيضا على الكمال وكل ذلك يمنع الخيار

ولنا انه عقد معاملة لا يستحق القبض فيه فى المجلس فجاز اشتراط الخيار فيه كالبيع والجامع بينهما دمع الحاجة وفوات بعض المعقود عليه فى الاجارة لا يمنع الرد بخيار العيب فكذا بخيار الشرط بخلاف البيع وهذا لان رد الكل ممكن فى البيع دون الاجارة فيشترط فيه دونها ولهذا يجبر المستأجر على القبض اذا سلم المؤاجر بعد مضى بعد المدة قال (وتفسخ الاجارة بالاعذار عندنا) وقال الشافعى رحمه الله لا تفسخ الا بالعيب لان المنافع عنده بمنزلة الاعيان حتى يجوز العقد عليه فاشبه البيع ولنا ان المنافع غير مقبوضة وهى المعقود عليها فصار العذر فى الاجارة كالعيب قبل القبض فى البيع فتنفسخ به اذ المعنى يجمعها وهو عجز العاقد عن المضى فى موجبه الا بتحمل ضرر زائد لم يستحق به وهذا هو معنى العذر عندنا (وهو كمن استأجر حدادا ليقلع ضرسه لوجع به فسكن الوجع أو استأجر طباخا ليطبخ له طعام الوليمة فاختلعت منه تفسخ الاجارة) لان فى المضى عليه الزام ضرر زائد لم يستحق بالعقد (وكذا من استأجر دكانا فى السوق ليتجر فيه فذهب ماله وكذا اذا آجر دكانا أو دارا ثم أفلس ولزمته ديون لا يقدر على قضائها الا بثمن ما آجر فسخ القاضى العقد وباعها فى الديون) لان فى الجرى على موجب العقد الزام ضرر زائد لم يستحق بالعقد وهو الحبس لانه قد لا يصدق على عدم مال آخر ثم قوله فسخ القاضى العقد اشارة الى انه يفتقر الى قضاء القاضى فى النقض وهكذا ذكر فى الزيادات فى عذر الدين وقال فى الجامع الصغير وكل ما ذكرنا انه عذر فان الاجارة فيه تنتقض وهذا يدل على انه لا يحتاج فيه الى قضاء القاضى ووجهه ان هذا بمنزلة العيب قبل القبض فى المبيع على ما مر فينفرد العاقد بالفسخ ووجه الاول انه فصل مجتهد فيه فلا بد من الزام القاضى ومنهم من وفق فقال ان كان العذر ظاهرا لا يحتاج الى القاضى وان كان غير ظاهر كالدين يحتاج الى القضاء لظهور العذر (ومن استأجر دابة ليسافر عليها ثم بدا له من السفر فهو عذر) لانه لو مضى على موجب العقد يلزمه ضرر زائد لانه ربما يذهب للحج فذهب وقته أو لطلب غريمه فحضر أو للتجارة فافتقر (وان بدا للمكارى فليس ذلك بعذر) لانه يمكنه ان يقعد ويبعث الدواب على يد تلميذه أو أجيره (ولو مرض المؤاجر فقعد فكذا الجواب) على رواية الاصل وذكر الكرخى رحمه الله انه عذر لانه لا يعرى عن ضرر فيدفع عنه عند الضرورة دون الاختيار (ومن آجر عبده ثم باعه فليس بعذر) لانه لا يلزمه الضرر بالمضى على موجب العقد وانما يفوته الاسترباح وانه أمر زائد قال (واذا استأجر الخياط غلاما فافلس وترك العمل فهو عذر) لانه يلزمه الضرر بالمضى على موجب العقد لفوات مقصوده وهو رأس ماله وتأويل المسئلة خياط يعمل لنفسه اما الذى

يخيط باجر فرأس ماله الخيط والمخيط والمقراض فلا يتحقق الافلاس فيه (وان أراد ترك الخياطة وان يعمل فى الصرف فهو ليس بعذر) لانه يمكنه ان يقعد الغلام للخياطة فى ناحية وهو يعمل فى الصرف فى ناحية وهذا بخلاف ما اذا استأجر دكانا للخياطة فاراد ان يتركها و يشتغل بعمل آخر حيث جعله عذرا ذكره فى الاصل لان الواحد لا يمكنه الجمع بين العملين اما ههنا العامل شخصان فامكنهما (ومن استأجر غلاما يخدمه فى المصر ثم سافر فهو عذر) لانه لا يعرى عن الزام ضرر زائد لان خدمة السفر أشق وفى المنع من السفر ضرر وكل ذلك لم يستحق بالعقد فيكون عذرا (وكذا أطلق) لما مر انه يتقيد بالحضر بخلاف ما اذا آجر عقارا ثم سافر لانه لا ضرر اذ المستأجر يمكنه استيفاء المنفعة من المعقود عليه بعد غيبته حتى لو أراد المستأجر السفر فهو عذر لما فيه من المنع من السفر أو الزام الاجر بدون السكنى وذلك ضرر *(مسائل منثورة)* قال (ومن استأجر أرضا أو استعارها فاحرق الحصائد فاحترق شئ من أرض أخرى فلا ضمان عليه) لانه غير متعد فى هذا التسبيب فاشبه حافر البئر فى دار نفسه وقيل هذا اذا كانت الرياح هادئة ثم تغيرت اما اذا كانت مضطربة يضمن لان موقد النار يعلم انها لا تستقر فى أرضه قال (واذا أقعد الخياط أو الصباغ فى حانوته من يطرح عليه العمل بالنصف فهو جائز) لان هذه شركة الوجوه فى الحقيقة فهذا بوجاهته يقبل وهذا بحذاقته يعمل فينتظم بذلك المصلحة فلا تضره الجهالة فيما يحصل قال (ومن استأجر جملا ليحمل عليه محملا وراكبين الى مكة جاز وله المحمل المعتاد) وفى القياس لا يجوز وهو قول الشافعى رحمه الله للجهالة وقد يفضى ذلك الى المنازعة وجه الاستحسان ان المقصود هو الراكب وهو معلوم والمحمل تابع وما فيه من الجهالة يرتفع بالصرف الى المتعارف فلا يفضى ذلك الى المنازعة وكذا اذا لم ير الوطاء والدثر قال (وان شاهد الجمال الحمل فهو أجود) لانه انفى للجهالة وأقرب الى تحقق الرضا قال (وان استأجر بعيرا ليحمل عليه مقدارا من الزاد فاكل منه فى الطريق جاز له ان يرد عوض ما أكل) لانه استحق عليه حملا مسمى فى جميع الطريق فله ان يستوفيه (وكذا غير الزاد من المكيل والموزون) ورد الزاد معتاد عند البعض كرد الماء فلا مانع من العمل بالاطلاق والله أعلم

﴿كتاب المكاتب﴾

قال (واذا كاتب المولى عبده أو أمته على مال شرط عليه وقبل العبد ذلك صار مكاتبا) اما الجواز فلقوله تعالى فكاتبوهم ان علمتم فيهم خيرا وهذا ليس أمر ايجاب باجماع بين الفقهاء وانما هو أمر ندب هو الصحيح ففى الحمل على الاباحة الغاء الشرط اذ هو مباح بدونه اما الندبية فمعلقة به

والمراد بالخير المذكور على ما قيل ان لا يضر بالمسلمين بعد العتق فان كان يضر بهم فالافضل ان لا يكاتبه وان كان يصح لو فعله واما اشتراط قبول العبد فلانه مال يلزمه فلا بد من التزامه ولا يعتق الا باداء كل البدل لقوله عليه السلام أيما عبد كوتب على مائة دينار فاداها الا عشرة دنانير فهو عبد وقال عليه السلام المكاتب عبد ما بقى عليه درهم وفيه اختلاف الصحابة رضى الله عنهم وما اخترناه قول زيد بن ثابت رضى الله عنه ويعتق بادائه وان لم يقل المولى اذا أديتها فانت حر لان موجب العقد يثبت من غير التصريح به كما فى البيع ولا يجب حط شئ من البدل اعتبارا بالبيع قال (ويجوز ان يشترط المال حالا ويجوز مؤجلا ومنجما) وقال الشافعى رحمه الله لا يجوز حالا ولا بد من تنجيم لانه عاجز عن التسليم فى زمان قليل لعدم الاهلية قبله للرق بخلاف السلم على أصله لانه أهل للملك فكان احتمال القدرة ثابتا وقد دل الاقدام على العقد عليها فيثبت به ولنا ظاهر ما تلونا من غير شرط التنجيم ولانه عقد معاوضة والبدل معقود به فاشبه الثمن فى البيع فى عدم اشتراط القدرة عليه بخلاف السلم على أصلنا لان المسلم فيه معقود عليه فلا بد من القدرة عليه ولان مبنى الكتابة على المساهلة فيمهله المولى ظاهرا بخلاف السلم لان مبناه على المضايقة وفى الحال كما امتنع من الاداء يرد الى الرق قال (وتجوز كتابة العبد الصغير اذا كان يعقل البيع والشراء) لتحقق الايجاب والقبول اذ العاقل من أهل القبول والتصرف نافع فى حقه والشافعى رحمه الله يخالفنا فيه وهو بناء على مسئلة اذن الصبى فى التجارة وهذا بخلاف ما اذا كان لا يعقل البيع والشراء لان القبول لا يتحقق منه فلا ينعقد العقد حتى لو أدى عنه غيره لا يعتق ويسترد ما دفع قال (ومن قال لعبده جعلت عليك ألفا تؤديها الى نجوما أول النجم كذا وآخره كذا فاذا أديتها فانت حر وان عجزت فانت رقيق فان هذه مكاتبة) لانه أتى بتفسير الكتابة ولو قال اذا أديت الى الفا كل شهر مائة فانت حر فهذه مكاتبة فى رواية أبى سليمان لان التنجيم يدل على الوجوب وذلك بالكتابة وفى نسخ أبى حفص رحمه الله لا تكون مكاتبة اعتبارا بالتعليق بالاداء مرة قال (واذا صحت الكتابة خرج المكاتب عن يد المولى ولم يخرج عن ملكه) اما الخروج من يده فلتحقيق معنى الكتابة وهو الضم فيضم مالكية يده الى مالكية نفسه أو لتحقيق مقصود الكتابة وهو أداء البدل فيملك البيع والشراء والخروج الى السفر وان نهاه المولى واما عدم الخروج عن ملكه فلما روينا ولانه عقد معاوضة ومبناه على المساواة وينعدم ذلك بتنجز العتق ويتحقق بتأخره لانه يثبت له نوع مالكية ويثبت له فى الذمة حق من وجه (فان أعتقه عتق باعتاقه) لان مالك لرقبته (ويسقط عنه بدل الكتابة) لانه ما التزمه الا مقابلا بحصول العتق به وقد حصل دونه قال (واذا وطئ المولى مكاتبته لزمه العقر)

لانها

لانها صارت أخص باجزائها توسلا الى المقصود بالكتابة وهو الوصول الى البدل من جانبه والى الحرية من جانبها بناء عليه ومنافع البضع ملحقة بالاجزاء والاعيان (وان جنى عليها أو على ولدها لزمته الجناية) لما بينا (وان أتلف مالا لها غرم) لان المولى كالاجنبى فى حق اكسابها ونفسها اذ لو لم يجعل كذلك لاتلفه المولى فيمتنع حصول الغرض المبتغى بالعقد والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿فصل فى الكتابة الفاسدة﴾ قال (واذا كاتب المسلم عبده على خمر أو خنزير او على قيمته فالكتابة فاسدة) اما الاول فلان الخمر والخنزير لا يستحقه المسلم لانه ليس بمال فى حقه فلا يصلح بدلا فيفسد العقد واما الثانى فلان قيمته مجهولة قدرا وجنسا و وصفا فتفاحشت الجهالة وصار كما اذا كاتب على ثوب أو دابة ولانه تنصيص على ما هو موجب العقد الفاسد لانه موجب للقيمة قال (فان أدى الخمر عتق) وقال زفر رحمه الله لا يعتق الا باداء قيمة نفسه لان البدل هو القيمة وعن أبى يوسف رحمه الله انه يعتق باداء الخمر لانه بدل صورة و يعتق باداء القيمة أيضا لانه هو البدل معنى وعن أبى حنيفة انه انما يعتق باداء عين الخمر اذا قال ان أديتها فانت حر لانه حينئذ يكون العتق بالشرط لا بعقد الكتابة وصار كما اذا كاتب على ميتة أو دم ولا فصل فى ظاهر الرواية ووجه الفرق بينهما و بين الميتة ان الخمر والخنزير مال فى الجملة فامكن اعتبار معنى العقد فيهما وموجبه العتق عند أداء العوض المشروط واما الميتة فليست بمال أصلا فلا يمكن اعتبار معنى العقد فيه فاعتبر فيه معنى الشرط وذلك بالتنصيص عليه (واذا عتق باداء عين الخمر لزمه ان يسعى فى قيمته) لانه وجب عليه رد رقبته لفساد العقد وقد تعذر بالعتق فيجب رد قيمته كما فى البيع الفاسد اذا تلف المبيع قال (ولا ينقص عن المسمى ويزاد عليه) لانه عقد فاسد فتجب القيمة عند هلاك المبدل بالغة ما بلغت كما فى البيع الفاسد وهذا لان المولى ما رضى بالنقصان والعبد رضى بالزيادة كيلا يبطل حقه فى العتق أصلا فتجب القيمة بالغة ما بلغت وفيما اذا كاتبه على قيمته يعتق باداء القيمة لانه هو البدل وأمكن اعتبار معنى العقد فيه وأثر الجهالة فى الفساد بخلاف ما اذا كاتبه على ثوب حيث لا يعتق باداء ثوب لانه لا يوقف فيه على مراد العاقد لاختلاف أجناس الثوب فلا يثبت العتق بدون ارادته قال (وكذلك ان كاتبه على شئ بعينه لغيره لم يجز) لانه لا يقدر على تسليمه ومراده شئ يتعين بالتعيين حتى لو قال كاتبتك على هذه الالف الدرهم وهى لغيره جاز لانها لا تتعين فى المعاوضات فيتعلق بدراهم دين فى الذمة فيجوز وعن أبى حنيفة رحمه الله رواية الحسن رضى الله عنه انه يجوز حتى اذا ملكه وسلمه يعتق وان عجز يرد فى

الرق لان المسمى مال والقدرة على التسليم موهومة فاشبه الصداق قلنا ان العين فى المعاوضات معقود عليه والقدرة على المعقود عليه شرط للصحة اذا كان العقد يحتمل الفسخ كما فى البيع بخلاف الصداق فى النكاح لان القدرة على ماهو المقصود بالنكاح ليس بشرط فعلى ماهو تابع فيه أولى فلو أجاز صاحب العين ذلك فعن محمد رحمه الله أنه يجوز لانه يجوز البيع عند الاجازة فالكتابة أولى وعن أبى حنيفة رحمه الله أنه لا يجوز اعتبارا بحال عدم الاجازة على ما قال فى الكتاب والجامع بينهما أنه لا يفيد ملك المكاسب وهو المقصود لانها تثبت للحاجة الى الاداء منها ولا حاجة فيما اذا كان البدل عينا معينا والمسئلة فيه على ما بيناه وعن أبى يوسف رحمه الله أنه يجوز أجاز ذلك أو لم يجز غير انه عند الاجازة يجب تسليم عينه وعند عدمها يجب تسليم قيمته كما فى النكاح والجامع بينهما صحة التسمية لكونه مالا ولو ملك المكاتب ذلك العين فعن أبى حنيفة رحمه الله رواه أبو يوسف رحمه الله انه اذا أداه لا يعتق وعلى هذه الرواية لم ينعقد العقد الا اذا قال له اذا أديت الى فانت حر فحينئذ يعتق بحكم الشرط وهكذا عن أبى يوسف رحمه الله وعنه أنه يعتق قال ذلك أو لم يقل لان العقد ينعقد مع الفساد لكون المسمى مالا فيعتق باداء المشروط ولو كاتبه على عين فى يد المكاتب ففيه روايتان وهى مسئلة الكتابة على الاعيان وقد عرف ذلك فى الاصل وقد ذكرنا وجه الروايتين فى كفاية المنتهى قال (وان كاتبه على مائة دينار على أن يرد المولى اليه عبدا بغير عينه فالكتابة فاسدة عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف رحمه الله هى جائزة و يقسم المائة الدينار على قيمة المكاتب وعلى قيمة عبد وسط فيبطل منها حصة العبد فيكون مكاتبا بما بقى) لان العبد المطلق يصلح بدل الكتابة و ينصرف الى الوسط فكذا يصلح مستثنى منه وهو الاصل فى ابدال العقود ولهما أنه لا يستثنى العبد من الدنانير وانما تستثنى قيمته والقيمة لا تصلح بدلا فكذلك مستثنى قال (واذا كاتبه على حيوان غير موصوف فالكتابة جائزة) استحسانا ومعناه أن يبين الجنس ولا يبين النوع والصفة (وينصرف الى الوسط ويجبر على قبول القيمة) وقد مر فى النكاح أما اذا لم يبين الجنس مثل أن يقول دابة لا يجوز لانه يشمل أجناسا مختلفة فتتفاحش الجهالة واذا بين الجنس كالعبد والوصيف فالجهالة يسيرة ومثلها يتحمل فى الكتابة فتعتبر جهالة البدل بجهالة الاجل فيه وقال الشافعى رحمه الله لا يجوز وهو القياس لانه معاوضة فاشبه البيع ولنا أنه معاوضة مال بغير مال أو بمال لكن على وجه يسقط الملك فيه فاشبه النكاح والجامع أنه يبتنى على المسامحة بخلاف البيع لان مبناه على المماكسة قال (واذا كاتب النصرانى عبده على خمر فهو جائز) معناه اذا كان مقدارا معلوما والعبد كافر الانها مال فى حقهم بمنزلة الخل فى حقنا (وأيهما أسلم

فللمولى قيمة الخمر) لان المسلم ممنوع عن تمليك الخمر وتملكها وفى التسليم ذلك اذ الخمر غير معين فيعجز عن تسليم البدل فيجب عليه قيمته وهذا بخلاف ما اذا تبايع الذميان خمرا ثم أسلم أحدهما حيث يفسد البيع على ما قاله البعض لان القيمة تصلح بدلا فى الكتابة فى الجملة فانه لو كاتب على وصيف وأتى بالقيمة يجبر على القبول فجاز أن يبقى العقد على القيمة أما البيع فلا ينعقد صحيحا على القيمة فافترقا قال (واذا قبضها عتق) لان فى الكتابة معنى المعاوضة فاذا وصل أحد العوضين الى المولى سلم العوض الآخر للعبد وذلك بالعتق بخلاف ما اذا كان العبد مسلما حيث لم تجز الكتابة لان المسلم ليس من أهل التزام الخمر ولو أداها عتق وقد بيناه من قبل والله أعلم

﴿باب ما يجوز للمكاتب أن يفعله﴾

قال (ويجوز للمكاتب البيع والشراء والسفر) لان موجب الكتابة أن يصير حرا يدا وذلك بمالكية التصرف مستبدا به تصرفا يوصله الى مقصوده وهو نيل الحرية باداء البدل والبيع والشراء من هذا القبيل وكذا السفر لان التجارة ربما لا تتفق فى الحضر فتحتاج الى المسافرة ويملك البيع بالمحاباة لانه من صنيع التجار فان التاجر قد يحابى فى صفقة ليربح فى أخرى قال (فان شرط عليه أن لا يخرج من الكوفة فله أن يخرج استحسانا) لان هذا الشرط مخالف لمقتضى العقد وهو مالكية اليد على جهة الاستبداد وثبوت الاختصاص فبطل الشرط وصح العقد لانه شرط لم يتمكن فى صلب العقد وبمثله لا تفسد الكتابة وهذا لان الكتابة تشبه البيع وتشبه النكاح فالحقناها بالبيع فى شرط تمكن فى صلب العقد كما اذا شرط خدمة مجهولة لانه فى البدل وبالنكاح فى شرط لم يتمكن فى صلبه هذا هو الاصل أو نقول ان الكتابة فى جانب العبد اعتاق لانه اسقاط الملك وهذا الشرط يخص العبد فاعتبر اعتاقا فى حق هذا الشرط والاعتاق لا يبطل بالشروط الفاسدة قال (ولا يتزوج الا باذن المولى) لان الكتابة فك الحجر مع قيام الملك ضرورة التوسل الى المقصود والتزوج ليس وسيلة اليه ويجوز باذن المولى لان الملك له (ولا يهب ولا يتصدق الا بالشئ اليسير) لان الهبة والصدقة تبرع وهو غير مالك ليملكه الا أن الشئ اليسير من ضرورات التجارة لانه لا يجد بدا من ضيافة واعارة ليجتمع عليه المجاهزون ومن ملك شيأ يملك ما هو من ضروراته وتوابعه (ولا يتكفل) لانه تبرع محض فليس من ضرورات التجارة والاكتساب فلا يملكه بنوعيه نفسا ومالا لان كل ذلك تبرع (ولا يقرض) لانه تبرع ليس من توابع الاكتساب (فان وهب على عوض لم يصح) لانه تبرع ابتداء (فان زوج أمته جاز) لانه اكتساب للمال فانه يتملك به المهر فدخل تحت العقد قال (وكذلك ان كاتب عبده) والقياس أن لا يجوز وهو قول زفر

والشافعي رحمهما الله لان ما له العتق والمكاتب ليس من أهله كالاعتاق على مال وجه الاستحسان أنه عقد اكتساب للمال فيملكه كتزويج الامة وكالبيع وقد يكون هو أنفع له من البيع لانه لايزيل الملك الا بعد وصول البدل اليه والبيع يزيله قبله ولهذا يملكه الاب والوصي ثم هو يوجب للمملوك مثل ماهو ثابت له بخلاف الاعتاق على مال لانه يوجب فوق ماهو ثابت له قال (فان أدى الثاني قبل أن يعتق الاول فولاؤه للمولى) لان له فيه نوع ملك وتصح اضافة الاعتاق اليه في الجملة فاذا تعذر اضافته الى مباشر العقد لعدم الاهلية أضيف اليه كما في العبد اذا اشترى شيأ يثبت الملك للمولى قال (فلو ادى الاول بعد ذلك وعتق لا ينتقل الولاء اليه) لان المولى جعل معتقا والولاء لا ينتقل عن المعتق (وان أدى الثاني بعد عتق الاول فولاؤه له) لان العاقد من أهل ثبوت الولاء وهو الاصل فيثبت له قال (وان أعتق عبده على مال أو باعه من نفسه أوزوج عبده لم يجز) لان هذه الاشياء ليست من الكسب ولا من توابعه أما الاول فلانه اسقاط الملك عن رقبته واثبات الدين في ذمة المفلس فاشبه الزوال بغير عوض وكذا الثاني لانه اعتاق على مال في الحقيقة وأما الثالث فلانه تنقيص للعبد وتعييب له وشغل رقبته بالمهر والنفقة بخلاف تزويج الامة لانه اكتساب لاستفادته المهر على مامر قال (وكذلك الاب والوصي في رقيق الصغير بمنزلة المكاتب) لانهما يملكان الاكتساب كالمكاتب ولان في تزويج الامة والكتابة نظراله ولانظر فيماسواهما والولاية نظرية قال (فاما المأذون له فلا يجوز له شئ من ذلك عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف رحمه الله له أن يزوج أمته) وعلى هذا الخلاف المضارب والمفارض والشريك شركة عنان هو قاسه على المكاتب واعتبره بالاجارة ولهما ان المأذون له يملك التجارة وهذا ليس بتجارة فاما المكاتب يتملك الاكتساب وهذا اكتساب ولانه مبادلة المال بغير المال فيعتبر بالكتابة دون الاجارة اذ هي مبادلة المال بالمال ولهذا لايملك هؤلاء كلهم تزويج العبد والله أعلم

(فصل) قال (واذا اشترى المكاتب أباه أو ابنه دخل في كتابته) لانه من أهل أن يكاتب وان لم يكن من أهل الاعتاق فيجعل مكاتبا تحقيقا للصلة بقدر الامكان الاترى أن الحر متى كان يملك الاعتاق يعتق عليه (وان اشترى ذارحم محرم منه لا ولاد له لم يدخل في كتابته عند أبي حنيفة وقالا يدخل) اعتبارا بقرابة الولاد اذ وجوب الصلة ينتظمهما ولهذا لايفترقان في الحر في حق الحرية وله ان للمكاتب كسبا لاملكا غير أن الكسب يكفي للصلة في الولاد حتى ان القادر على الكسب يخاطب بنفقة الوالد والولد ولا يكفي في غيرهما حتى لاتجب نفقة الاخ الا على الموسر

ولان

ولان هـذه قرابة توسطت بين بنى الاعمام وقرابة الولاد فالحقناها بالثانى فى العتق وبالاول فى الكتابة وهـذا اولى لان العتق اسرع نفوذا من الكتابة حتى ان احد الشريكين اذا كاتب كان للآخر فسخه واذا اعتق لا يكون له فسخه قال (واذا اشترى ام ولده دخل ولدها فى الكتابة ولم يجز بيعها) ومعناه اذا كان معها ولدها اما دخول الولد فى الكتابة فلما ذكرناه واما امتناع بيعها فلانها تبع للولد فى هذا الحكم قال عليه السلام اعتقها ولدها وان لم يكن معها ولد فكذلك الجواب فى قول ابى يوسف ومحمد رحمهما الله لانها ام ولد خلافا لابى حنيفة رحمه الله وله ان القياس ان يجوز بيعها وان كان معها ولد لان كسب المكاتب موقوف فلا يتعلق به ما لا يحتمل الفسخ الا انه يثبت هـذا الحق فيما اذا كان معها ولد تبعا لثبوته فى الولد بناء عليه و بدون الولد لو ثبت يثبت ابتداء والقياس ينفيه (وان ولد له ولد من امة له دخل فى كتابته) لما بينا فى المشترى فكان حكمه كحكمه (وكسبه له) لان كسب الولد كسب كسبه و يكون كذلك قبل الدعوة فلا ينقطع بالدعوة اختصاصه (وكذلك ان ولدت المكاتبة ولدا) لان حق امتناع البيع ثابت فيها مؤكدا فيسرى الى الولد كالتدبير والاستيلاد قال (ومن زوج امته من عبده ثم كاتبهما فولدت منه ولدا دخل فى كتابتها وكان كسبه لها) لان تبعية الام ارجح ولهذا يتبعها فى الرق والحرية قال (وان تزوج المكاتب باذن مولاه امرأة زعمت انها حرة فولدت منه ولدا ثم استحقت فاولادها عبيد ولا يأخذهم بالقيمة وكذلك العبد يأذن له المولى بالتزويج وهذا عند ابى حنيفة وابى يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله اولادها احرار بالقيمة) لانه شارك فى سبب ثبوت هـذا الحق وهو الغرور وهذا لانه ما رغب فى نكاحها الا لينال حرية الاولاد ولهما انه مولود بين رقيقين فيكون رقيقا وهذا لان الاصل ان الولد يتبع الام فى الرق والحرية وخالفنا هذا الاصل فى الحر باجماع الصحابة رضى الله عنهم وهذا ليس فى معناه لان حق المولى هنالك مجبور بقيمة ناجزة وههنا بقيمة متأخرة الى ما بعد العتق فيبقى على الاصل ولا يلحق به قال (وان وطئ المكاتب امة على وجه الملك بغير اذن المولى ثم استحقها رجل فعليه العقر يؤخذ به فى الكتابة وان وطئها على وجه النكاح لم يؤخذ به حتى يعتق وكذلك المأذون له) ووجه الفرق ان فى الفصل الاول ظهر الدين فى حق المولى لان التجارة وتوابعها داخلة تحت الكتابة وهذا العقر من توابعها لانه لولا الشراء لما سقط الحد وما لم يسقط الحد لا يجب العقر اما لم يظهر فى الفصل الثانى لان النكاح ليس من الاكتساب فى شئ فلا تنتظمه الكتابة كالكفالة قال (واذا اشترى المكاتب جارية شراء فاسدا ثم وطئها فردها اخذ بالعقر فى المكاتبة وكذلك العبد المأذون له) لان من باب التجارة فان التصرف تارة يقع صحيحا ومرة يقع فاسدا والكتابة والاذن ينتظمانه

بنوعيه كالتوكيل فكان ظاهرا فى حق المولى

﴿فصل﴾ قال (واذا ولدت المكاتبة من المولى فهى بالخيار ان شاءت مضت على الكتابة وان شاءت عجزت نفسها وصارت أم ولده) لانها تلقتها جهتا حرية عاجلة ببدل وآجلة بغير بدل فتخير بينهما (ونسب ولدها ثابت من المولى وهو حر) لان المولى علك الاعتاق فى ولدها وماله من الملك يكفى لصحة الاستيلاد بالدعوة واذا مضت على الكتابة أخذت العقر من مولاها لاختصاصها بنفسها وبمنافعها على ماقدمنا ثم ان مات المولى عتقت بالاستيلاد وسقط عنها بدل الكتابة وان ماتت هى وتركت مالا تؤدى منه مكاتبتها ومابقى ميراث لابنها جريا على موجب الكتابة فان لم تترك مالا فلا سعاية عن الولد لانه حر ولو ولدت ولدا آخر لم يلزم المولى الا ان يدعى لحرمة وطئها عليه فلو لم يدع وماتت من غير وفاء سعى هذا الولد لانه مكاتب تبعا لها فلو مات المولى بعد ذلك عتق وبطل عنه السعاية لانه بمنزلة أم الولد اذ هو ولدها فيتبعها قال (واذا كاتب المولى أم ولده جاز) لحاجتها الى استفادة الحرية قبل موت المولى وذلك بالكتابة ولا تنافى بينهما لانه تلقتها جهتا حرية (فان مات المولى عتقت بالاستيلاد) لتعلق عتقها بموت السيد (وسقط عنها بدل الكتابة) لان الغرض من ايجاب البدل العتق عند الاداء فاذا اعتقت قبله لا يمكن توفير الغرض عليه فسقط وبطلت الكتابة لامتناع ابقائها من غير فائدة غير انه تسلم لها الاكساب والاولاد لان الكتابة انفسخت فى حق البدل وبقيت فى حق الاولاد والاكساب لان الفسخ لنظرها والنظر فيما ذكرنا ولو أدت المكاتبة قبل موت المولى عتقت بالكتابة لانها باقية قال (وان كاتب مدبرته جاز) لما ذكرنا من الحاجة ولا تنافى اذ الحرية غير ثابتة وانما الثابت مجرد الاستحقاق (وان مات المولى ولا مال له غيرها فهى بالخيار بين ان تسعى فى ثلثى قيمتها أو جميع مال الكتابة) وهذا عند أبى حنيفة وقال أبو يوسف رحمه الله تسعى فى الاقل منهما وقال محمد رحمه الله تسعى فى الاقل من ثلثى قيمتها وثلثى بدل الكتابة فالخلاف فى الخيار والمقدار فابو يوسف مع أبى حنيفة رحمهما الله فى المقدار ومع محمد رحمه الله فى نفى الخيار اما الخيار ففرع تجزؤ الاعتاق والاعتاق عنده لما تجزأ بقى الثلثان رقيقا وقد تلقاها جهتا حرية ببدلين معجلة بالتدبير ومؤجلة بالكتابة فتخير وعندهما لما عتق كلها بعتق بعضها فهى حرة وجب عليها أحد المالين فتختار الاقل لا محالة فلا معنى للتخيير واما المقدار فلمحمد رحمه الله انه قابل البدل بالكل وقد سلم لها الثلث بالتدبير فمن المحال أن يجب البدل بمقابلته الا ترى انه لو سلم لها الكل بان خرجت من الثلث يسقط كل بدل الكتابة فههنا يسقط الثلث فصار كما اذا تأخر التدبير عن الكتابة ولهما ان جميع البدل مقابل بثلثى رقبتها فلا يسقط منه شئ وهذا لان البدل وان

قوبل بالكل صورة وصيغة لكنه مقيد بما ذكرنا معنى وارادة لانها استحقت حرية الثلث ظاهرا والظاهر ان الانسان لا يلتزم المال بمقابلة ما يستحق حريته وصار هذا كما اذا طلق امرأته ثنتين ثم طلقها ثلاثا على ألف كان جميع الالف بمقابلة الواحدة الباقية لدلالة الارادة كذا ههنا بخلاف ما اذا تقدمت الكتابة وهى المسئلة التى تليه لان البدل مقابل بالكل اذ لا استحقاق عنده فى شئ فافترقا قال (وان دبر مكاتبته صح التدبير) لما بينا (ولها الخيار ان شاءت مضت على الكتابة وان شاءت عجزت نفسها وصارت مدبرة) لان الكتابة ليست بلازمة فى جانب المملوك فان مضت على كتابتها فمات المولى ولا مال له غيرها فهى بالخيار ان شاءت سعت فى ثلثى مال الكتابة أو ثلثى قيمتها عند أبى حنيفة رحمه الله وقالا تسعى فى الاقل منهما فالخلاف فى هذا الفصل فى الخيار بناء على ما ذكرنا اما المقدار فمتفق عليه ووجهه ما بينا قال (واذا أعتق المولى مكاتبه عتق باعتاقه) لقيام ملكه فيه (وسقط بدل الكتابة) لانه ما التزمه الا مقابلا بالعتق وقد حصل له دونه فلا يلزمه والكتابة وان كانت لازمة فى جانب المولى ولكنها تفسخ برضا العبد والظاهر رضاه توسلا الى عتقه بغير بدل مع سلامة الاكساب له لانا نبقى الكتابة فى حقه قال (وان كاتبه على ألف درهم الى سنة فصالحه على خمسمائة معجلة فهو جائز) استحسانا وفى القياس لا يجوز لانه اعتياض عن الاجل وهو ليس بمال والدين مال فكان ربا ولهذا لا يجوز مثله فى الحر ومكاتب الغير وجه الاستحسان أن الاجل فى حق المكاتب مال من وجه لانه لا يقدر على الاداء الا به فاعطى له حكم المال وبدل الكتابة مال من وجه حتى لا تصح الكفالة به فاعتدلا فلا يكون ربا ولان عقد الكتابة عقد من وجه دون وجه والاجل ربا من وجه فيكون شبهة الشبهة بخلاف العقد بين الحرين لانه عقد من كل وجه فكان ربا والاجل فيه شبهة قال (واذا كاتب المريض عبده على الفى درهم الى سنة وقيمته الف ثم مات ولا مال له غيره ولم تجز الورثة فانه يؤدى ثلثى الالفين حالا والباقى الى أجله أو يرد رقيقا عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله يؤدى ثلثى الالف حالا والباقى الى أجله) لان له ان يترك الزيادة بان يكاتبه على قيمته فله ان يؤخرها وصار كما اذا خالع المريض امرأته على ألف الى سنة جاز لان له ان يطلقها بغير بدل ولهما ان جميع المسمى بدل الرقبة حتى أجرى عليها أحكام الابدال وحق الورثة متعلق بالمبدل فكذا بالبدل والتأجيل اسقاط معنى فيعتبر من ثلث الجميع بخلاف الخلع لان البدل فيه لا يقابل المال فلم يتعلق حق الورثة بالمبدل فلا يتعلق بالبدل ونظير هذا اذا

باع المريض داره بثلاثة آلاف الى سنة وقيمتها ألف ثم مات ولم تجز الورثة فعندهما يقال للمشترى أد ثلثى جميع الثمن حالا والثلث الى أجله والا فانقض البيع وعنده يعتبر الثلث بقدر القيمة لا فيما زاد عليه لما بينا من المعنى قال (وان كاتبه على ألف الى سنة وقيمته ألفان ولم تجز الورثة يقال له اد ثلثى القيمة حالا أو ترد رقيقا فى قولهم جميعا) لان المحاباة ههنا فى القدر والتأخير فاعتبر الثلث فيهما

﴿باب من يكاتب عن العبد﴾

قال (واذا كاتب الحر عن عبد بألف درهم فان أدى عنه عتق وان بلغ العبد فقبل فهو مكاتب) وصورة المسئلة أن يقول الحر لمولى العبد كاتب عبدك على ألف درهم على انى ان أديت اليك ألفا فهو حر فكاتبه المولى على هذا فيعتق بادائه بحكم الشرط واذا قبل العبد صار مكاتبا لان الكتابة كانت موقوفة على اجازته وقبوله اجازة ولو لم يقل على انى ان أديت اليك ألفا فهو حر فادى لا يعتق قياسا لانه لا شرط والعقد موقوف وفى الاستحسان يعتق لانه لا ضرر للعبد الغائب فى تعليق العتق باداء القائل فيصح فى حق هذا الحكم ويتوقف فى حق لزوم الالف على العبد وقيل هذه هى صورة مسئلة الكتاب (ولو أدى الحر البدل لا يرجع على العبد) لانه متبرع قال (واذا كاتب العبد عن نفسه وعن عبد آخر لمولاه وهو غائب فان أدى الشاهد أو الغائب عتقا) ومعنى المسئلة أن يقول العبد كاتبنى بالف درهم على نفسى وعلى فلان الغائب وهذه الكتابة جائزة استحسانا وفى القياس يصح على نفسه لولايته عليها ويتوقف فى حق الغائب لعدم الولاية عليه وجه الاستحسان ان الحاضر باضافة العقد الى نفسه ابتداء جعل نفسه فيه أصلا والغائب تبعا والكتابة على هذا الوجه مشروعة كالامة اذا كوتبت دخل أولادها فى كتابتها تبعا حتى عتقوا بادائها وليس عليهم من البدل شئ واذا أمكن تصحيحه على هذا الوجه ينفرد به الحاضر فله أن يأخذه بكل البدل لان البدل عليه لكونه أصلا فيه ولا يكون على الغائب من البدل شئ لانه تبع فيه قال (وأيهما أدى عتقا ويجبر المولى على القبول) أما الحاضر فلان البدل عليه وأما الغائب فلانه ينال به شرف الحرية وان لم يكن البدل عليه وصار كمعير الرهن اذا أدى الدين يجبر المرتهن على القبول لحاجته الى استخلاص عينه وان لم يكن الدين عليه قال (وأيهما أدى لا يرجع على صاحبه) لان الحاضر قضى دينا عليه والغائب متبرع به غير مضطر اليه قال (وليس للمولى أن يأخذ العبد الغائب بشئ) لما بينا (فان قبل العبد الغائب أو لم يقبل فليس ذلك منه بشئ والكتابة لازمة للشاهد) لان الكتابة نافذة عليه من غير قبول الغائب فلا تتغير بقبوله كمن كفل من غيره بغير أمره فبلغه فاجازه لا يتغير حكمه حتى لو ادى لا يرجع

عليه كذا هذا قال (واذا كاتبت الامة عن نفسها وعن ابنين لها صغيرين فهو جائز وأيهم أدى لم يرجع على صاحبه ويجبر المولى على القبول ويعتقون) لانها جعلت نفسها أصلا فى الكتابة وأولادها تبعا على ما بينا فى المسئلة الاولى وهى أولى بذلك من الاجنبى

(باب كتابة العبد المشترك)

قال (واذا كان العبد بين رجلين اذن أحدهما لصاحبه ان يكاتب نصيبه بالف درهم ويقبض بدل الكتابة فكاتب وقبض بعض الالف ثم عجز فالمال للذى قبض عند أبى حنيفة رحمه الله وقالا هو مكاتب بينهما وما أدى فهو بينهما) وأصله ان الكتابة تتجزأ عنده خلافا لهما بمنزلة العتق لانها تفيد الحرية من وجه فتقتصر على نصيبه عنده للتجزؤ وفائدة الاذن أن لا يكون له حق الفسخ كما يكون له اذا لم يأذن واذنه له بقبض البدل اذن للعبد بالاداء فيكون متبرعا بنصيبه عليه فلهذا كان كل المقبوض له وعندهما الاذن بكتابة نصيبه اذن بكتابة الكل لعدم التجزؤ فهو أصيل فى النصف وكيل فى النصف فهو بينهما والمقبوض مشترك بينهما فيبقى كذلك بعد العجز قال (واذا كانت جارية بين رجلين كاتباها فوطئها أحدهما فجاءت بولد فادعاه ثم وطئها الآخر فجاءت بولد فادعاه ثم عجزت فهى أم ولد للاول) لانه لما ادعى أحدهما الولد صحت دعوته لقيام الملك له فيها وصار نصيبه أم ولد له لان المكاتبة لا تقبل النقل من ملك الى ملك فتقتصر أمومية الولد على نصيبه كما فى المدبرة المشتركة ولو ادعى الثانى ولدها الاخير صحت دعوته لقيام ملكه ظاهرا ثم اذا عجزت بعد ذلك جعلت الكتابة كان لم تكن وتبين ان الجارية كلها أم ولد للاول لانه زال المانع من الانتقال ووطؤه سابق (ويضمن لشريكه نصف قيمتها) لانه تملك نصيبه لما استكمل الاستيلاد (ونصف عقرها) لوطئه جارية مشتركة (ويضمن شريكه كمال العقر وقيمة الولد ويكون ابنه) لانه بمنزلة المغرور لانه حين وطئها كان ملكه قائما ظاهرا وولد المغرور ثابت النسب منه حر بالقيمة على ما عرف ولكنه وطئ أم ولد الغير حقيقة فيلزمه كمال العقر (وأيهما دفع العقر الى المكاتبة جاز) لان الكتابة مادامت باقية فحق القبض لها لاختصاصها بمنافعها وابدالها واذا عجزت ترد العقر الى المولى لظهور اختصاصه (وهذا) الذى ذكرنا (كله قول أبى حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله هى أم ولد للاول ولا يجوز وطئ الآخر) لانه لما ادعى الاول الولد صارت كلها أم ولد له لان أمومية الولد يجب تكميلها بالاجماع ما أمكن وقد أمكن بفسخ الكتابة لانها قابلة للفسخ فتفسخ فيما لا تتضرر به المكاتبة وتبقى الكتابة فيما وراءه بخلاف التدبير لانه لا يقبل الفسخ وبخلاف بيع المكاتب لان فى تجويزه ابطال الكتابة اذ المشترى لا يرضى ببقائه مكاتبا واذا صارت كلها أم ولد له فالثانى وطئ أم ولد الغير (فلا

يثبت نسب الولد منه ولا يكون حرا عليه بالقيمة) غير انه لا يجب الحد عليه للشبهة (ويلزمه جميع العقر) لان الوطء لا يعرى عن احدى الغرامتين واذا بقيت الكتابة وصارت كلها مكاتبة له قيل يجب عليها نصف بدل الكتابة لان الكتابة انفسخت فيما لا تتضرر به المكاتبة ولا تتضرر بسقوط نصف البدل وقيل يجب كل البدل لان الكتابة لم تنفسخ الا في حق التملك ضرورة فلا يظهر في حق سقوط نصف البدل وفي ابقائه في حقه نظر للمولى وان كان لا تتضرر المكاتبة بسقوطه والمكاتبة هي الذي تعطى العقر لاختصاصها بابدال منافعها ولو عجزت وردت في الرق ترد الى المولى لظهور اختصاصه على ما بينا قال (ويضمن الاول لشريكه في قياس قول أبي يوسف نصف قيمتها مكاتبة) لانه تملك نصيب شريكه وهي مكاتبة فيضمنه موسرا كان أو معسرا لانه ضمان التملك (وفي قول محمد رحمه الله يضمن الاقل من نصف قيمتها ومن نصف ما بقي من بدل الكتابة) لان حق شريكه في نصف الرقبة على اعتبار العجز وفي نصف البدل على اعتبار الاداء فلا تردد بينهما يجب أقلهما قال (وان كان الثاني لم يطأها ولكن دبرها ثم عجزت بطل التدبير) لانه لم يصادف الملك اما عندهما فظاهر لان المستولد تملكها قبل العجز وأما عند أبي حنيفة رحمه الله فلانه بالعجز تبين انه تملك نصيبه من وقت الوطء فتبين انه مصادف ملك غيره والتدبير يعتمد الملك بخلاف النسب لانه يعتمد الغرور على ما مر قال (وهي أم ولد للاول) لانه تملك نصيب شريكه وكمل الاستيلاد على ما بينا (ويضمن لشريكه نصف عقرها) لوطئه جارية مشتركة (ونصف قيمتها) لانه تملك نصفها بالاستيلاد وهو تملك بالقيمة (والولد ولد الاول) لانه صحت دعوته لقيام المصحح وهذا قولهم جميعا ووجهه ما بينا قال (وان كانا كاتباها ثم اعتقها أحدهما وهو موسر ثم عجزت يضمن المعتق لشريكه نصف قيمتها ويرجع بذلك عليها عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا لا يرجع عليها) لانها لما عجزت وردت في الرق تصير كانها لم تزل قنة والجواب فيه على الخلاف في الرجوع وفي الخيارات وغيرها كما هو مسئلة تجزؤ الاعتاق وقد قررناه في الاعتاق فاما قبل العجز ليس له أن يضمن المعتق عند أبي حنيفة رحمه الله لان الاعتاق لما كان يتجزأ عنده كان أثره أن يجعل نصيب غير المعتق كالمكاتب فلا يتغير به نصيب صاحبه لانها مكاتبة قبل ذلك وعندهما لما كان لا يتجزأ يعتق الكل فله أن يضمنه قيمة نصيبه مكاتبا ان كان موسرا او يستسعى العبد ان كان معسرا لانه ضمان اعتاق فيختلف باليسار والاعسار قال (وان كان العبد بين رجلين دبره أحدهما ثم أعتقه الآخر وهو موسر فان شاء الذي دبره ضمن المعتق نصف قيمته مدبرا وان شاء استسعى العبد وان شاء أعتق وان أعتقه

احدهما

أحدهما ثم دبره الآخر لم يكن له أن يضمن المعتق ويستسعى العبد أو يعتق) وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله) ووجهه أن التدبير يتجزأ عنده فتدبير أحدهما يقتصر على نصيبه لكن يفسد به نصيب الآخر فيثبت له خيرة الاعتاق والتضمين والاستسعاء كما هو مذهبه فاذا أعتق لم يبق له خيار التضمين والاستسعاء واعتاقه يقتصر على نصيبه لانه يتجزأ عنده ولكن يفسد به نصيب شريكه فله أن يضمنه قيمة نصيبه وله خيار العتق والاستسعاء أيضا كما هو مذهبه ويضمنه قيمة نصيبه مدبرا لان الاعتاق صادف المدبر ثم قيل قيمة المدبر تعرف بتقويم المقومين وقيل يجب ثلثا قيمته وهو قن لان المنافع أنواع ثلاثة البيع وأشباهه والاستخدام وأمثاله والاعتاق وتوابعه والفائت البيع فيسقط الثلث واذا ضمنه لا يتملكه بالضمان لانه لا يقبل الانتقال من ملك الى ملك كما اذا غصب مدبرا فابق وان أعتقه أحدهما أولا كان للآخر الخيارات الثلاث عنده فاذا دبره لم يبق له خيار التضمين وبقى خيار الاعتاق والاستسعاء لان المدبر يعتق ويستسعى (وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله اذا دبره أحدهما فعتق الآخر باطل) لانه لا يتجزأ عندهما فيتملك نصيب صاحبه بالتدبير (ويضمن نصف قيمته موسرا كان أو معسرا) لانه ضمان تملك فلا يختلف باليسار والاعسار ويضمن نصف قيمته قنا لانه صادفه التدبير وهو قن (وان أعتقه أحدهما فتدبير الآخر باطل) لان الاعتاق لا يتجزأ فعتق كله فلم يصادف التدبير الملك وهو يعتمده (ويضمن نصف قيمته ان كان موسرا) ويسعى العبد فى ذلك ان كان معسرا لان هذا ضمان الاعتاق فيختلف ذلك باليسار والاعسار عندهما والله أعلم

(باب موت المكاتب وعجزه وموت المولى)

قال (واذا عجز المكاتب عن نجم نظر الحاكم فى حاله فان كان له دين يقبضه أو مال يقدم عليه لم يعجل بتعجيزه وانتظر عليه اليومين أو الثلاثة) نظرا للجانبين والثلاث هى المدة التى ضربت لابلاء الاعذار كامهال الخصم للدفع والمديون للقضاء فلا يزاد عليه (فان لم يكن له وجه وطلب المولى تعجيزه عجزه وفسخ الكتابة وهذا عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف رحمه الله لا يعجزه حتى يتوالى عليه نجمان) لقول على رضى الله عنه اذا توالى على المكاتب نجمان رد فى الرق علقه بهذا الشرط ولانه عقد ارفاق حتى كان أحسنه مؤجله وحالة الوجوب بعد حلول نجم فلا بد من امهال مدة استيسارا وأولى المدد ما توافق عليه العاقدان ولهما أن سبب الفسخ قد تحقق وهو العجز لان من عجز عن أداء نجم واحد يكون أعجز عن أداء نجمين وهذا لان

مقصود المولى الوصول الى المال عند حلول نجم وقد فات فيفسخ اذا لم يكن راضيا به بدونه بخلاف اليومين والثلاثة لانه لابد منها لامكان الاداء فلم يكن تأخيرا والآثار متعارضة فان المروى عن ابن عمر رضى الله عنهما أن مكاتبة له عجزت عن اداء نجم فردها فسقط الاحتجاج بها قال (فان أخل بنجم عند غير السلطان فعجز فرده مولاه برضاه فهو جائز) لان الكتابة تفسخ بالتراضى من غير عذر فبالعذر أولى (ولو لم يرض به العبد لابد من القضاء بالفسخ) لانه عقد لازم تام فلا بد من القضاء أو الرضا كالرد بالعيب بعد القبض قال (واذا عجز المكاتب عاد الى أحكام الرق) لانفساخ الكتابة وماكان فى يده من الاكساب فهو لمولاه لانه ظهر أنه كسب عبده وهذا لانه كان موقوفا عليه أو على مولاه وقد زال التوقف قال (فان مات المكاتب وله مال لم تنفسخ الكتابة وقضى ماعليه من ماله وحكم بعتقه فى آخر جزء من أجزاء حياته ومابقى فهو ميراث لورثته ويعتق أولاده) وهذا قول على وابن مسعود رضى الله عنهما وبه أخذ علماؤنا رحمهم الله وقال الشافعى رحمه الله تبطل الكتابة ويموت عبدا وماتركه لمولاه وامامه فى ذلك زيد بن ثابت رضى الله عنه ولان المقصود من الكتابة عتقه وقد تعذر اثباته فتبطل وهذا لانه لايخلو اما أن يثبت بعد الممات مقصودا أو يثبت قبله أو بعده مستندا ولا وجه الى الاول لعدم المحلية ولا الى الثانى لفقد الشرط وهو الاداء ولا الى الثالث لتعذر الثبوت فى الحال والشئ يثبت ثم يستند ولنا أنه عقد معاوضة ولا يبطل بموت أحد المتعاقدين وهو المولى فكذا بموت الآخر والجامع بينهما الحاجة الى ابقاء العقد لاحياء الحق بل أولى لان حقه آكد من حق المولى حتى لزم العقد فى جانبه والموت أنفى للمالكية منه للمملوكية فينزل حيا تقديرا أو تستند الحرية باستناد سبب الاداء الى ماقبل الموت ويكون أداء خلفه كادائه وكل ذلك ممكن على ماعرف تمامه فى الخلافيات قال (وان لم يترك وفاء وترك ولدا مولودا فى الكتابة سعى فى كتابة أبيه على نجومه فاذا أدى حكمنا بعتق أبيه قبل موته وعتق الولد) لان الولد داخل فى كتابته وكسبه ككسبه فيخلفه فى الاداء وصار كما اذا ترك وفاء (وان ترك ولدا مشترى فى الكتابة قيل له اما أن تؤدى بدل الكتابة حالة أو ترد رقيقا) وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله وأما عندهما يؤديه الى أجله اعتبارا بالولد المولود فى الكتابة والجامع أنه يكاتب عليه تبعا له ولهذا يملك المولى اعتاقه بخلاف سائر اكسابه ولابى حنيفة رحمه الله وهو الفرق بين الفصلين أن الاجل يثبت شرطا فى العقد فيثبت فى حق من دخل تحت العقد والمشترى لم يدخل لانه لم يضف اليه العقد ولا يسرى حكمه اليه لانفصاله بخلاف المولود فى الكتابة لانه متصل وقت الكتابة فيسرى الحكم اليه وحيث دخل فى حكمه سعى فى نجومه (فان اشترى ابنه ثم مات وترك وفاء ورثه

ابنه) لانه لما حكم بحريته فى آخر جزء من اجزاء حياته يحكم بحرية ابنه فى ذلك الوقت لانه تبع لابيه فى الكتابة فيكون هذا حرا يرث عن حر (وكذلك ان كان هو وابنه مكاتبين كتابة واحدة) لان الولد ان كان صغيرا فهو تبع لابيه وان كان كبيرا جعلا كشخص واحد فاذا حكم بحرية الاب يحكم بحريته فى تلك الحالة على ما مر قال (فان مات المكاتب وله ولد من حرة وترك دينا وفاء لمكاتبته فجنى الولد فقضى به على عاقلة الام لم يكن ذلك قضاء بعجز المكاتب) لان هذا القضاء يقرر حكم الكتابة لان من قضيتها الحاق الولد بموالى الام وايجاب العقل عليهم لكن على وجه يحتمل أن يعتق فينجر الولاء الى موالى الاب والقضاء بما يقرر حكمه لا يكون تعجيزا (وان اختصم موالى الام وموالى الاب فى ولائه فقضى به لموالى الام فهو قضاء بالعجز) لان هذا اختلاف فى الولاء مقصودا وذلك يبتنى على بقاء الكتابة وانتقاضها فانها اذا فسخت مات عبدا واستقر الولاء على موالى الام واذا بقيت واتصل بها الاداء مات حرا وانتقل الولاء الى موالى الاب وهذا فصل مجتهد فيه فينفذ ما يلاقيه من القضاء فلهذا كان تعجيزا قال (وما أدى المكاتب من الصدقات الى مولاه ثم عجز فهو طيب للمولى) لتبدل الملك فان العبد يتملكه صدقة والمولى عوضا عن العتق واليه وقعت الاشارة النبوية فى حديث بريرة رضى الله عنها هى لها صدقة ولنا هدية وهذا بخلاف ما اذا أباح للغنى والهاشمى لان المباح له يتناوله على ملك المبيح فلم يتبدل الملك فلا تطيبه ونظيره المشترى شراء فاسدا اذا أباح لغيره لا يطيب له ولو ملكه يطيب ولو عجز قبل الاداء الى المولى فكذلك الجواب وهذا عند محمد رحمه الله ظاهر لان بالعجز يتبدل الملك عنده وكذا عند أبى يوسف رحمه الله وان كان بالعجز يتقرر ملك المولى عنده لانه لا خبث فى نفس الصدقة وانما الخبث فى فعل الآخذ لكونه اذلالا به فلا يجوز ذلك للغنى من غير حاجة وللهاشمى لزيادة حرمته والاخذ لم يوجد من المولى فصار كابن السبيل اذا وصل الى وطنه والفقير اذا استغنى وقد بقى فى أيديهما ما أخذا من الصدقة حيث يطيب لهما وعلى هذا اذا أعتق المكاتب واستغنى يطيب له ما بقى من الصدقة فى يده قال (واذا جنى العبد فكاتبه مولاه ولم يعلم بالجناية ثم عجز فانه يدفع أو يفدى) لان هذا موجب جناية العبد فى الاصل ولم يكن عالما بالجناية عند الكتابة حتى يصير مختارا للفداء الا أن الكتابة مانعة من الدفع فاذا زال عاد الحكم الاصلى (وكذلك اذا جنى المكاتب ولم يقض به حتى عجز) لما بينا من زوال المانع (وان قضى به عليه فى كتابته ثم عجز فهو دين يباع فيه) لانتقال الحق من الرقبة الى قيمته بالقضاء وهذا قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله وقد رجع أبو يوسف رحمه الله اليه وكان يقول أولا يباع فيه وان عجز قبل القضاء وهو قول

زفر رحمه الله لان المانع من الدفع وهو الكتابة قائم وقت الجناية فكما وقت انعقدت موجبة للقيمة كما فى جناية المدبر وأم الولد ولنا أن المانع قابل للزوال للتردد ولم يثبت الانتقال فى الحال فيتوقف عن القضاء أو الرضا وصار كالعبد المبيع اذا أبق قبل القبض يتوقف الفسخ على القضاء لتردده واحتمال عوده كذا هذا بخلاف التدبير والاستيلاد لانهما لا يقبلان الزوال بحال قال (واذا مات مولى المكاتب لم تنفسخ الكتابة) كيلا يؤدى الى ابطال حق المكاتب اذ الكتابة سبب الحرية وسبب حق المرء حقه (وقيل له أد المال الى ورثة المولى على نجومه) لانه استحق الحرية على هذا الوجه والسبب انعقد كذلك فيبقى بهذه الصفة ولا يتغير الا أن الورثة يخلفونه فى الاستيفاء (فان أعتقه أحد الورثة لم ينفذ عتقه) لانه لم يملكه وهذا لان المكاتب لا يملك بسائر أسباب الملك فكذا بسبب الوراثة وان أعتقوه جميعا عتق وسقط عنه بدل الكتابة لانه يصير ابراء عن بدل الكتابة فانه حقهم وقد جرى فيه الارث واذا برئ المكاتب عن بدل الكتابة يعتق كما اذا أبرأه المولى الا انه اذا أعتقه أحد الورثة لا يصير ابراء عن نصيبه لانا نجعله ابراء اقتضاء تصحيحا لعتقه والاعتاق لا يثبت بابراء البعض أو ادائه فى المكاتب لا فى بعضه ولا فى كله ولا وجه الى ابراء الكل لحق بقية الورثة والله أعلم

(كتاب الولاء)

قال الولاء نوعان ولاء عتاقة ويسمى ولاء نعمة وسببه العتق على ملكه فى الصحيح حتى لو عتق قريبه عليه بالوراثة كان الولاء له وولاء موالاة وسببه العقد ولهذا يقال ولاء العتاقة وولاء الموالاة والحكم يضاف الى سببه والمعنى فيهما التناصر وكانت العرب تتناصر باشياء وقرر النبى عليه الصلاة والسلام تناصرهم بالولاء بنوعيه فقال ان مولى القوم منهم وحليفهم منهم والمراد بالحليف مولى الموالاة لانهم كانوا يؤكدون الموالاة بالحلف قال (واذا أعتق المولى مملوكه فولاؤه له) لقوله عليه السلام الولاء لمن أعتق ولان التناصر به فيعقله وقد أحياه معنى بازالة الرق عنه فيرثه ويصير الولاء كالولاد ولان الغنم بالغرم وكذلك المرأة تعتق لما روينا ومات معتق لابنة حمزة رضى الله عنها وعن بنت فجعل النبى عليه الصلاة والسلام المال بينهما نصفين ويستوى فيه الاعتاق بمال وبغيره لاطلاق ما ذكرناه قال (فان شرط انه سائبة فالشرط باطل والولاء لمن أعتق) لان الشرط مخالف للنص فلا يصح قال (واذا أدى المكاتب عتق والولاء للمولى وان عتق بعد موت المولى) لانه عتق عليه بما باشر من السبب وهو الكتابة وقد قررناه فى المكاتب (وكذا العبد الموصى بعتقه أو بشرائه وعتقه بعد موته) لان فعل الوصى

بعد موته كفعله والتركة على حكم ملكه (وان مات المولى عتق مدبروه وأمهات أولاده) لما بينا فى العتاق (وولاؤهم له) لانه أعتقهم بالتدبير والاستيلاد (ومن ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه) لما بينا فى العتاق (وولاؤه له) لوجود السبب وهو العتق عليه (واذا تزوج عبد رجل أمة لآخر فاعتق مولى الامة الامة وهى حامل من العبد عتقت وعتق حملها وولاء الحمل لمولى الام لا ينتقل عنه أبدا) لانه عتق على معتق الام مقصودا اذ هو جزء منها يقبل الاعتاق مقصودا فلا ينتقل ولاؤه عنه عملا بما روينا (وكذلك اذا ولدت ولدا لاقل من ستة أشهر) للتيقن بقيام الحمل وقت الاعتاق (أو ولدت ولدين أحدهما لاقل من ستة أشهر) لانهما توأمان يتعلقان معا وهذا بخلاف ما اذا والت رجلا وهى حبلى والزوج والى غيره حيث يكون ولاء الولد لمولى الاب لان الجنين غير قابل لهذا الولاء مقصودا لان تمامه بالايجاب والقبول وهو ليس بمحل له قال (فان ولدت بعد عتقها لاكثر من ستة أشهر ولدا فولاؤه لموالى الام) لانه عتق تبعا للام لاتصاله بها بعد عتقها فيتبعها فى الولاء ولم يتيقن بقيامه وقت الاعتاق حتى يعتق مقصودا (فان أعتق الاب جر الاب ولاء ابنه وانتقل عن موالى الام الى موالى الاب) لان العتق ههنا فى الولد يثبت تبعا للام بخلاف الاول وهذا لان الولاء بمنزلة النسب قال عليه السلام الولاء لحمة كلحمة النسب لا يباع ولا يوهب ولا يورث ثم النسب الى الآباء فكذلك الولاء والنسبة الى موالى الام كانت لعدم أهلية الاب ضرورة فاذا صار أهلا عاد الولاء اليه بمنزلة ولد الملاعنة ينسب الى قوم الام ضرورة فاذا أكذب الملاعن نفسه ينسب اليه بخلاف ما اذا أعتقت المعتدة عن موت أو طلاق فجاءت بولد لاقل من سنتين من وقت الموت أو الطلاق حيث يكون الولد مولى لموالى الام وان أعتق الاب لتعذر اضافة العلوق الى ما بعد الموت والطلاق البائن لحرمة الوطء وبعد الطلاق الرجعى لما انه يصير مراجعا بالشك فاستند الى حالة النكاح فكان الولد موجودا عند الاعتاق فعتق مقصودا (وفى الجامع الصغير واذا تزوجت معتقة بعبد فولدت أولادا فجنى الاولاد فعقلهم على موالى الام) لانهم عتقوا تبعا لامهم ولا عاقلة لابيهم ولا موالى فالحقوا بموالى الام ضرورة كما فى ولد الملاعنة على ما ذكرنا (فان أعتق الاب جر ولاء الاولاد الى نفسه) لما بينا (ولا يرجعون على عاقلة الاب بما عقلوا) لانهم حين عقلوه كان الولاء ثابتا لهم وانما يثبت للاب مقصودا لان سببه مقصود وهو العتق بخلاف ولد الملاعنة اذا عقل عنه قوم الام ثم أكذب الملاعن نفسه حيث يرجعون عليه لان النسب هنالك يثبت مستندا الى وقت العلوق وكانوا مجبورين على ذلك فيرجعون قال (ومن تزوج من العجم بمعتقة من العرب فولدت

له أولاد فولاء أولادها لمواليها عند أبى حنيفة رحمه الله وهو قول محمد رحمه الله تعالى) وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى حكمه حكم أبيه لان النسب الى الاب كما اذا كان الاب عربيا بخلاف ما اذا كان الاب عبدا لانه هالك معنى ولهما أن ولاء العتاقة قوى معتبر فى حق الاحكام حتى اعتبرت الكفاءة فيه والنسب فى حق العجم ضعيف فانهم ضيعوا انسابهم ولهذا لم تعتبر الكفاءة فيما بينهم بالنسب والقوى لا يعارضه الضعيف بخلاف ما اذا كان الاب عربيا لان انساب العرب قوية معتبرة فى حكم الكفاءة والعقل لما أن تناصرهم بها فاغنت عن الولاء قال رضى الله عنه الخلاف فى مطلق المعتقة والوضع فى معتقة العرب وقع اتفاقا (وفى الجامع الصغير نبطى كافر تزوج بمعتقة كافرة ثم أسلم النبطى ووالى رجلا ثم ولدت أولادا قال أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله مواليهم موالى أمهم وقال أبو يوسف رحمه الله مواليهم موالى أبيهم) لان الولاء وان كان أضعف فهو من جانب الاب فصار كالمولود بين واحد من الموالى و بين العربية ولهما أن ولاء الموالاة أضعف حتى يقبل الفسخ وولاء العتاقة لا يقبله والضعيف لا يظهر فى مقابلة القوى ولو كان الابوان معتقين فالنسبة الى قوم الاب لانهما استويا والترجيح لجانبه لشبهه بالنسب أولان النصرة به أكثر قال (وولاء العتاقة تعصيب وهو أحق بالميراث من العمة والخالة) لقوله عليه السلام للذى اشترى عبدا فاعتقه هو أخوك ومولاك ان شكرك فهو خير له وشر لك وان كفرك فهو خير لك وشر له ولو مات ولم يترك وارثا كنت أنت عصبته وورث ابنة حمزة رضى الله عنهما على سبيل العصوبة مع قيام وارث واذا كان عصبة تقدم على ذوى الارحام وهو المروى عن على رضى الله عنه (فان كان للمعتق عصبة من النسب فهو أولى من المعتق) لان المعتق آخر العصبات وهذا لان قوله عليه السلام ولم يترك وارثا قالوا المراد منه وارث هو عصبة بدليل الحديث الثانى فتأخر من العصبة دون ذوى الارحام قال (فان كان للمعتق عصبة من النسب فهو أولى منه) لما ذكرنا (وان لم يكن له عصبة من النسب فميراثه للمعتق) تأويله اذا لم يكن هناك صاحب فرض ذو حال اما اذا كان فله الباقى بعد فرضه لانه عصبة على ما رويناه وهذا لان العصبة من يكون التناصر به لبيت النسبة وبالموالى الانتصار على ما مر والعصبة تأخذ ما بقى (فان مات المولى ثم مات المعتق فميراثه لبنى المولى دون بناته لانه ليس للنساء من الولاء الا ما أعتقن أو أعتق من أعتقن أو كاتبن أو كاتب من كاتبن) بهذا اللفظ ورد الحديث عن النبى صلى الله عليه وآله وسلم وفى آخره أو جر ولاء معتقهن وصورة الجر قدمناها ولان ثبوت المالكية والقوة فى العتق من جهتها فينسب بالولاء اليها وينسب اليها من ينسب الى مولاها بخلاف

النسب لان سبب النسبة فيه الفراش وصاحب الفراش انما هو الزوج والمرأة مملوكة لا مالكة
وليس حكم ميراث المعتق مقصورا على بنى المولى بل هو لعصبته الاقرب فالاقرب لان الولاء
لا يورث ويخلفه فيه من تكون النصرة به حتى لو ترك المولى أبا وابنا فالولاء للابن عند أبى حنيفة
ومحمد رحمه الله لانه أقربهما عصوبة وكذلك الولاء للجد دون الاخ عند أبى حنيفة رحمه الله
لانه أقرب فى العصوبة عنده وكذا الولاء لابن المعتقة حتى يرثه دون أخيها لما ذكرنا الا أن
عقل جناية المعتق على أخيها لانه من قوم أبيها وجنايته كجنايتها (ولو ترك المولى ابنا وأولاد
ابن آخر) معناه بنى ابن آخر (فميراث المعتق للابن دون بنى الابن لان الولاء للكبر) هو المروى
عن عدة من الصحابة رضى الله عنهم منهم عمر وعلى وابن مسعود وغيرهم رضى الله عنهم
أجمعين ومعناه القرب على ما قالوا والصلبى أقرب

(فصل فى ولاء الموالاة) قال (واذا أسلم رجل على يد رجل ووالاه على أن يرثه ويعقل عنه اذا
جنى أو أسلم على يد غيره ووالاه فالولاء صحيح وعقله على مولاه فان مات ولا وارث له غيره فميراثه
للمولى) وقال الشافعى رحمه الله الموالاة ليس بشئ لان فيه ابطال حق بيت المال ولهذا لا يصح
فى حق وارث آخر ولهذا لا يصح عنده الوصية بجميع المال وان لم يكن للموصى وارث لحق
بيت المال وانما يصح فى الثلث ولنا قوله تعالى والذين عقدت أيمانكم فآتوهم نصيبهم والآية
فى الموالاة وسئل رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم عن رجل أسلم على يد رجل آخر ووالاه فقال
هو أحق الناس به محياه ومماته وهذا يشير الى العقل والارث فى الحالتين هاتين ولان ماله حقه
فيصرفه الى حيث يشاء والصرف الى بيت المال ضرورة عدم المستحق لا لانه مستحق قال
(وان كان له وارث فهو أولى منه وان كانت عمة أو خالة أو غيرهما من ذوى الارحام) لان الموالاة
عقدهما فلا يلزم غيرهما وذو الرحم وارث ولا بد من شرط الارث والعقل كما ذكر فى الكتاب لانه
بالالتزام وهو بالشرط ومن شرطه أن لا يكون المولى من العرب لان تناصرهم بالقبائل فأغنى
عن الموالاة قال (وللمولى أن ينتقل عنه بولائه الى غيره ما لم يعقل عنه) لانه عقد غير لازم بمنزلة
الوصية وكذا للاعلى أن يتبرأ عن ولائه لعدم اللزوم الا أنه يشترط فى هذا أن يكون بمحضر
من الآخر كما فى عزل الوكيل قصدا بخلاف ما اذا عقد الاسفل مع غيره بغير محضر من الاول
لانه فسخ حكمى بمنزلة العزل الحكمى فى الوكالة قال (واذا عقل عنه لم يكن له أن يتحول بولائه
الى غيره) لانه تعلق به حق الغير ولانه قضى به القاضى ولانه بمنزلة عوض ناله كالعوض فى الهبة
وكذا لا يتحول ولده وكذا اذا عقل عن ولده لم يكن لكل واحد منهما أن يتحول لانهم فى حق

الولاء كشخص واحد قال (وليس لمولى العتاقة أن يوالى أحدا) لانه لازم ومع بقائه لا يظهر الادنى

﴿كتاب الاكراه﴾

(الاكراه يثبت حكمه اذا حصل ممن يقدر على ايقاع ماتوعد به سلطانا كان أو لصا) لان الاكراه اسم لفعل يفعله المرء بغيره فينتفى به رضاه أو يفسد به اختياره مع بقاء أهليته وهذا انما يتحقق اذا خاف المكره تحقيق ماتوعد به وذلك انما يكون من القادر والسلطان وغيره سيان عند تحقق القدرة والذى قاله أبو حنيفة رحمه الله ان الاكراه لا يتحقق الامن السلطان لما أن المنعة له والقدرة لا تتحقق بدون المنعة فقد قالوا هذا اختلاف عصر وزمان لا اختلاف حجة و برهان ولم تكن القدرة فى زمنه الا للسلطان ثم بعد ذلك تغير الزمان وأهله ثم كما تشترط قدرة المكره لتحقق الاكراه يشترط خوف المكره وقوع مايهدد به وذلك بان يغلب على ظنه انه يفعله ليصير به محمولا على مادعى اليه من الفعل قال (واذا أكره الرجل على بيع ماله أو على شراء سلعة أو على أن يقر لرجل بالف أو يؤاجر داره وأكره على ذلك بالقتل أو بالضرب الشديد أو بالحبس فباع أو اشترى فهو بالخيار ان شاء امضى البيع وان شاء فسخه و رجع بالمبيع) لان من شرط صحة هذه العقود التراضى قال الله تعالى الا أن تكون تجارة عن تراض منكم والاكراه بهذه الاشياء يعدم الرضا فيفسد بخلاف ما اذا أكره بضرب سوط أو حبس يوم أو قيد يوم لانه لا يبالى به بالنظر الى العادة فلا يتحقق به الاكراه الا اذا كان الرجل صاحب منصب يعلم انه يستضر به لفوات الرضا وكذا الاقرار حجة لترجح جنبة الصدق فيه على جنبة الكذب وعند الاكراه يحتمل انه يكذب لدفع المضرة ثم اذا باع مكرها وسلم مكرها يثبت به الملك عندنا وعند زفر رحمه الله لا يثبت لانه بيع موقوف على الاجازة ألا ترى انه لو أجاز جاز والموقوف قبل الاجازة لا يفيد الملك ولنا ان ركن البيع صدر من أهله مضافا الى محله والفساد لفقد شرطه وهو التراضى فصار كسائر الشروط المفسدة فيثبت الملك عند القبض حتى لو قبضه واعتقه أو تصرف فيه تصرفا لا يمكن نقضه جاز ويلزمه القيمة كما فى سائر البياعات الفاسدة و باجازة المالك يرتفع المفسد وهو الاكراه وعدم الرضا فيجوز الا أنه لا ينقطع به حق استرداد البائع وان تداولته الايدى ولم يرض البائع بذلك بخلاف سائر البياعات الفاسدة لان الفساد فيها لحق الشرع وقد تعلق بالبيع الثانى حق العبد وحقه مقدم لحاجته اما ههنا الرد لحق العبد وهما سواء فلا يبطل حق الاول لحق الثانى قال رضى الله عنه ومن جعل البيع الجائز المعتاد بيعا فاسدا

بجعله كبيع المكره حتى ينقض بيع المشتري من غيره لان الفساد لفوات الرضا ومنهم من جعله رهنا لقصد المتعاقدين ومنهم من جعله باطلا اعتبارا بالهازل ومشايخ سمرقند رحمهم الله جعلوه بيعا جائزا مفيدا لبعض الاحكام على ماهو المعتاد للحاجة اليه قال (فان كان قبض الثمن طوعا فقد أجاز البيع) لانه دليل الاجازة كما في البيع الموقوف وكذا اذا سلم طائعا بان كان الاكراه على البيع لا على الدفع لانه دليل الاجازة بخلاف ما اذا أكرهه على الهبة ولم يذكر الدفع فوهب ودفع حيث يكون باطلا لان مقصود المكره الاستحقاق لا مجرد اللفظ وذلك في الهبة بالدفع وفي البيع بالعقد على ماهو الاصل فدخل الدفع في الاكراه على الهبة دون البيع قال (وان قبضه مكرها فليس ذلك باجازة وعليه رده ان كان قائما في يده) لفساد العقد قال (وان هلك المبيع في يد المشتري وهو غير مكره ضمن قيمته للبائع) معناه والبائع مكره لانه مضمون عليه بحكم عقد فاسد (وللمكره أن يضمن المكره ان شاء) لانه آلة له فيما يرجع الى الاتلاف فكانه دفع مال البائع الى المشتري فيضمن أيهما شاء كالغاصب وغاصب الغاصب فلو ضمن المكره رجع على المشتري بالقيمة لقيامه مقام البائع وان ضمن المشتري نفذ كل شراء كان بعد شرائه لو تناسخته العقود لانه ملكه بالضمان فظهر انه باع ملكه ولا ينفذ ما كان له قبله لان الاستناد الى وقت قبضه بخلاف ما اذا أجاز المالك المكره عقدا منها حيث يجوز ما قبله وما بعده لانه أسقط حقه وهو المانع فعاد الكل الى الجواز والله أعلم

(فصل) (وان أكره على أن يأكل الميتة أو يشرب الخمر ان اكره على ذلك بحبس أو بضرب أو قيد لم يحل له الا أن يكره بما يخاف منه على نفسه أو على عضو من أعضائه فاذا خاف على ذلك وسعه أن يقدم على ما أكره عليه وكذا على هذا الدم ولحم الخنزير) لان تناول هذه المحرمات انما يباح عند الضرورة كما في حالة المخمصة لقيام المحرم فيما وراءها ولا ضرورة الا اذا خاف على النفس أو على العضو حتى لو خيف على ذلك بالضرب الشديد وغلب على ظنه ذلك يباح له ذلك (ولا يسعه أن يصبر على ما توعد به فان صبر حتى اوقعوا به ولم يأكل فهو آثم) لانه لما أبيح كان بالامتناع عنه معاونا لغيره على هلاك نفسه فيأثم كما في حالة المخمصة وعن أبي يوسف رحمه الله انه لا يأثم لانه رخصة اذ الحرمة قائمة فكان آخذا بالعزيمة قلنا حالة الاضطرار مستثناة بالنص وهو تكلم بالحاصل بعد الثنيا فلا محرم فكان اباحة لا رخصة الا أنه انما يأثم اذا علم بالاباحة في هذه الحالة لان في انكشاف الحرمة خفاء فيعذر بالجهل فيه كالجهل بالخطاب في أول الاسلام أو في دار الحرب قال (وان أكره على الكفر بالله تعالى والعياذ بالله أو بسب رسول الله صلى الله عليه وسلم بقيد او بحبس أو ضرب لم يكن ذلك اكراها حتى يكره بامر يخاف منه على نفسه أو على عضو

من أعضائه) لان الاكراه بهذه الاشياء ليس باكراه فى شرب الخمر لما مر ففى الكفر وحرمته أشد أولى وأحرى قال (فاذا خاف على ذلك وسعه ان يظهر ما أمروه به ويورى فان أظهر ذلك وقلبه مطمئن بالايمان فلا اثم عليه) لحديث عمار بن ياسر رضى الله عنه حين ابتلى به وقد قال له النبى عليه السلام كيف وجدت قلبك قال مطمئنا بالايمان فقال عليه السلام فان عادوا فعد وفيه نزل قوله تعالى الا من أكره وقلبه مطمئن بالايمان الآية ولان بهذا الاظهار لا يفوت الايمان حقيقة لقيام التصديق وفى الامتناع فوت النفس حقيقة فيسعه الميل اليه قال (فان صبر حتى قتل ولم يظهر الكفر كان مأجورا) لان خبيبا رضى الله عنه صبر على ذلك حتى صلب وسماه رسول الله عليه السلام سيد الشهداء وقال فى مثله هو رفيقى فى الجنة ولان الحرمة باقية والامتناع لاعزاز الدين عزيمة بخلاف ما تقدم للاستثناء قال (وان أكره على اتلاف مال مسلم بأمر يخاف منه على نفسه أو على عضو من أعضائه وسعه ان يفعل ذلك) لان مال الغير يستباح للضرورة كما فى حالة المخمصة وقد تحققت (ولصاحب المال ان يضمن المكره) لان المكره آلة للمكره فيما يصلح آلة له والاتلاف من هذا القبيل (وان أكرهه بقتل على قتل غيره لم يسعه ان يقدم عليه ويصبر حتى يقتل فان قتله كان آثما) لان قتل المسلم مما لا يستباح لضرورة ما فكذا بهذه الضرورة (والقصاص على المكره ان كان القتل عمدا) قال رضى الله عنه وهذا عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال زفر رحمه الله يجب على المكره وقال أبو يوسف رحمه الله لا يجب عليهما وقال الشافعى رحمه الله يجب عليهما لزفر رحمه الله ان الفعل من المكره حقيقة وحسا وقرر الشرع حكمه عليه وهو الاثم بخلاف الاكراه على اتلاف مال الغير لانه سقط حكمه وهو الاثم فاضيف الى غيره وبهذا يتمسك الشافعى فى جانب المكره ويوجبه على المكره أيضا لوجود التسبيب الى القتل منه وللتسبيب فى هذا حكم المباشرة عنده كما فى شهود القصاص ولابى يوسف ان القتل بقى مقصورا على المكره من وجه نظرا الى التأثيم وأضيف الى المكره من وجه نظرا الى الحمل فدخلت الشبهة فى كل جانب ولهما انه محمول على القتل بطبعه ايثار الحياته فيصير آلة للمكره فيما يصلح آلة له وهو القتل بان يلقيه عليه ولا يصلح آلة له فى الجناية على دينه فبقى الفعل مقصورا عليه فى حق الاثم كما نقول فى الاكراه على الاعتاق وفى اكراه المجوسى على ذبح شاة الغير ينتقل الفعل الى المكره فى الاتلاف دون الذكاة حتى يحرم كذا هذا قال (وان أكره على طلاق امرأته أو عتق عبده ففعل وقع ما أكره عليه عندنا) خلافا للشافعى رحمه الله وقد مر فى الطلاق قال (ويرجع على الذى أكرهه بقيمة العبد) لانه صلح آلة له فيه من حيث الاتلاف فيضاف اليه فله ان يضمنه موسرا كان أو معسرا ولا سعاية على العبد لان السعاية انما تجب للتخريج الى الحرية

أو لتعلق حق الغير ولم يوجد واحد منهما ولا يرجع المكره على العبد بالضمان لانه مؤاخذ باتلافه قال (ويرجع بنصف مهر المرأة ان كان قبل الدخول وان لم يكن فى العقد مسمى يرجع على المكره بما لزمه من المتعة) لان ما عليه كان على شرف السقوط بان جاءت الفرقة من قبلها وانما يتأكد بالطلاق فكان اتلافا للمال من هذا الوجه فيضاف الى المكره من حيث انه اتلاف بخلاف ما اذا دخل بها لان المهر قد تقرر بالدخول لا بالطلاق (ولو أكره على التوكيل بالطلاق والعتاق ففعل الوكيل جاز استحسانا) لان الاكراه مؤثر فى فساد العقد والوكالة لا تبطل بالشروط الفاسدة ويرجع على المكره استحسانا لان مقصود المكره زوال ملكه اذا باشر الوكيل والنذر لا يعمل فيه الاكراه لانه لا يحتمل الفسخ ولا رجوع على المكره بما لزمه لانه لا مطالب له فى الدنيا فلا يطالب به فيها وكذا اليمين والظهار لا يعمل فيهما الاكراه لعدم احتمالهما الفسخ وكذا الرجعة والايلاء والفيء فيه باللسان لانها تصح مع الهزل والخلع من جانبه طلاق أو يمين لا يعمل فيه الاكراه فلو كان هو مكرها على الخلع دونها لزمها البدل لرضاها بالالتزام قال (وان أكرهه على الزنا وجب عليه الحد عند أبى حنيفة رحمه الله الا أن يكرهه السلطان وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله لا يلزمه الحد) وقد ذكرناه فى الحدود قال (واذا أكرهه على الردة لم تبن امرأته منه) لان الردة تتعلق بالاعتقاد الا ترى أنه لو كان قلبه مطمئنا بالايمان لا يكفر وفى اعتقاده الكفر شك فلا تثبت البينونة بالشك فان قالت المرأة قد بنت منك وقال هو قد أظهرت ذلك وقلبي مطمئن بالايمان فالقول قوله استحسانا لان اللفظ غير موضوع للفرقة وهى بتبدل الاعتقاد ومع الاكراه لا يدل على التبدل فكان القول قوله بخلاف الاكراه على الاسلام حيث يصير به مسلما لانه لما احتمل واحتمل رجحنا الاسلام فى الحالين لانه يعلو ولا يعلى وهذا بيان الحكم أما فيما بينه وبين الله تعالى اذا لم يعتقده فليس بمسلم ولو أكره على الاسلام حتى حكم باسلامه ثم رجع لم يقتل لتمكن الشبهة وهى دارئة للقتل ولو قال الذى أكره على اجراء كلمة الكفر أخبرت عن أمر ماض ولم أكن فعلت بانت منه حكما لا ديانة لانه أقر انه طائع باتيان مالم يكره عليه وحكم هذا الطائع ما ذكرناه ولو قال أردت ما طلب منى وقد خطر ببالى الخبر عما مضى بانت ديانة وقضاء لانه أقر انه مبتدئ بالكفر هازل به حيث علم لنفسه مخلصا غيره وعلى هذا اذا أكره على الصلاة للصليب وسب محمد النبى عليه السلام ففعل وقال نويت به الصلاة لله تعالى ومحمدا آخر غير النبى عليه السلام بانت منه قضاء لا ديانة ولو صلى للصليب وسب محمدا النبى عليه السلام وقد خطر بباله الصلاة لله تعالى وسب غير النبى عليه السلام بانت منه ديانة وقضاء لما مر وقد قررناه

زيادة على هذا فى كفاية المنتهى والله أعلم

﴿كتاب الحجر﴾

قال (الاسباب الموجبة للحجر ثلاثة الصغر والرق والجنون فلا يجوز تصرف الصغير الا باذن وليه ولا تصرف العبد الا باذن سيده ولا يجوز تصرف المجنون المغلوب بحال) أما الصغير فلنقصان عقله غير ان اذن الولى آية اهليته والرق لرعاية حق المولى كيلا يتعطل منافع عبده ولا يملك رقبته بتعلق الدين به غير أن المولى بالاذن رضى بفوات حقه والجنون لا تجامعه الاهلية فلا يجوز تصرفه بحال أما العبد فاهل فى نفسه والصبى ترتقب أهليته فلهذا وقع الفرق قال (ومن باع من هؤلاء شيأ أو اشترى وهو يعقل البيع ويقصده فالولى بالخيار ان شاء أجازه اذا كان فيه مصلحة وان شاء فسخه) لان التوقف فى العبد لحق المولى فيتخير فيه وفى الصبى والمجنون نظرا لهما فيتحرى مصلحتهما فيه ولا بد أن يعقلا البيع ليوجد ركن العقد فينعقد موقوفا على الاجازة والمجنون قد يعقل البيع ويقصده وان كان لا يرجح المصلحة على المفسدة وهو المعتوه الذى يصلح وكيلا عن غيره كما بينا فى الوكالة فان قيل التوقف عندكم فى البيع أما الشراء فالاصل فيه النفاذ على المباشر قلنا نعم اذا وجد نفاذا عليه كما فى شراء الفضولى وههنا لم نجد نفاذا لعدم الاهلية أو لضرر المولى فوقفناه قال (وهذه المعانى الثلاثة توجب الحجر فى الاقوال دون الافعال) لانه لا مرد لها لوجودها حسا ومشاهدة بخلاف الاقوال لان اعتبارها موجودة بالشرع والقصد من شرطه (الا اذا كان فعلا يتعلق به حكم يندرئ بالشبهات كالحدود والقصاص) فيجعل عدم القصد فى ذلك شبهة فى حق الصبى والمجنون قال (والصبى والمجنون لا تصح عقودهما ولا اقرارهما) لما بينا (ولا يقع طلاقهما ولا اعتاقهما) لقوله عليه السلام كل طلاق واقع الا طلاق الصبى والمعتوه والاعتاق يتمحض مضرة ولا وقوف للصبى على المصلحة فى الطلاق بحال لعدم الشهوة ولا وقوف للولى على عدم التوافق على اعتبار بلوغه حد الشهوة فلهذا لا يتوقفان على اجازته ولا ينفذان بمباشرته بخلاف سائر العقود (وان أتلفا شيأ لزمهما ضمانه) احياء لحق المتلف عليه وهذا لان كون الاتلاف موجبا لا يتوقف على القصد كالذى يتلف بانقلاب النائم عليه والحائط المائل بعد الاشهاد بخلاف القولى على ما بيناه قال (فاما العبد فاقراره نافذ فى حق نفسه) لقيام أهليته (غير نافذ فى حق مولاه) رعاية لجانبه لان نفاذه لا يعرى عن تعلق الدين برقبته أو كسبه وكل ذلك اتلاف ماله قال (فان أقر بمال لزمه بعد الحرية) لوجود الاهلية وزوال المانع ولا يلزمه فى الحال لقيام المانع (وان أقر بحد أو قصاص لزمه فى الحال) لانه مبقى على أصل الحرية فى حق الدم حتى لا يصح اقرار المولى عليه بذلك

(وينفذ

(وينفذ طلاقه) لما روينا ولقوله عليه السلام لا يملك العبد والمكاتب شيأ الا الطلاق ولانه عارف بوجه المصلحة فيه فكان أهلا وليس فيه ابطال ملك المولى ولا تفويت منافعه فينفذ والله أعلم

﴿باب الحجر للفساد﴾

(قال أبو حنيفة رحمه الله لا يحجر على الحر العاقل البالغ السفيه وتصرفه فى ماله جائز وان كان مبذرا مفسدا يتلف ماله فيما لا غرض له فيه ولا مصلحة وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله وهو قول الشافعى رحمه الله يحجر على السفيه ويمنع من التصرف فى ماله) لانه مبذر ماله بصرفه لا على الوجه الذى يقتضيه العقل فيحجر عليه نظرا له اعتبارا بالصبى بل أولى لان الثابت فى حق الصبى احتمال التبذير وفى حقه حقيقته ولهذا منع عنه المال ثم هو لا يفيد بدون الحجر لانه يتلف بلسانه ما منع من يده ولابى حنيفة رحمه الله أنه مخاطب عاقل فلا يحجر عليه اعتبارا بالرشيد وهذا لان فى سلب ولايته اهدار آدميته والحاقه بالبهائم وهو أشد ضررا من التبذير فلا يتحمل الاعلى لدفع الادنى حتى لو كان فى الحجر دفع ضرر عام كالحجر على المتطبب الجاهل والمفتى الماجن والمكارى المفلس جاز فيما يروى عنه اذ هو دفع ضرر الاعلى بالادنى ولا يصح القياس على منع المال لان الحجر أبلغ منه فى العقوبة ولا على الصبى لانه عاجز عن النظر لنفسه وهذا قادر عليه نظر له الشرع مرة باعطاء آلة القدرة والجرى على خلافه لسوء اختياره ومنع المال مفيد لان غالب السفه فى الهبات والتبرعات والصدقات وذلك يقف على اليد قال (واذا حجر القاضى عليه ثم رفع الى قاض آخر فابطل حجره وأطلق عنه جاز) لان الحجر منه فتوى وليس بقضاء الا يرى أنه لم يوجد المقضى له والمقضى عليه ولو كان قضاء فنفس القضاء مختلف فيه فلا بد من الامضاء حتى لو رفع تصرفه بعد الحجر الى القاضى الحاجر أو الى غيره فقضى ببطلان تصرفه ثم رفع الى قاض آخر نفذ ابطاله لاتصال الامضاء به فلا يقبل النقض بعد ذلك (ثم عند أبى حنيفة رحمه الله اذا بلغ الغلام غير رشيد لم يسلم اليه ماله حتى يبلغ خمسا وعشرين سنة فان تصرف فيه قبل ذلك نفذ تصرفه فاذا بلغ خمسا وعشرين سنة يسلم اليه ماله وان لم يؤنس منه الرشد وقالا لا يدفع اليه ماله أبدا حتى يؤنس رشده ولا يجوز تصرفه فيه) لان علة المنع السفه فيبقى ما بقى العلة وصار كالصبا ولابى حنيفة رحمه الله ان منع المال عنه بطريق التأديب ولا يتأدب بعد هذا ظاهرا وغالبا الا يرى أنه قد يصير جدا فى هذا السن فلا فائدة للمنع فلزم الدفع ولان المنع باعتبار اثر الصبا وهو فى أوائل البلوغ وينقطع بتطاول الزمان فلا يبقى المنع ولهذا قال أبو حنيفة رحمه الله لو بلغ رشيدا ثم صار سفيها لا يمنع المال عنه لانه ليس باثر الصبا ثم لا يتأتى التفريع على قوله

وانما التفريع على قول من يرى الحجر فعندهما لما صح الحجر لا ينفذ بيعه اذا باع توفيرا فائدة الحجر عليه وان كان فيه مصلحة اجازه الحاكم لان ركن التصرف قد وجد والتوقف للنظر له وقد نصب الحاكم ناظرا له فيتحرى المصلحة فيه كما في الصبي الذي يعقل البيع والشراء و يقصده ولو باع قبل حجر القاضي جاز عند أبي يوسف رحمه الله لانه لا بد من حجر القاضي عنده لان الحجر دائر بين الضرر والنظر والحجر لنظره فلا بد من فعل القاضي وعند محمد رحمه الله لا يجوز لانه يبلغ محجورا عنده اذ العلة هي السفه بمنزلة الصبا وعلى هذا الخلاف اذا بلغ رشيدا ثم صار سفيها (وان أعتق عبدا نفذ عتقه عندهما) وعند الشافعي رحمه الله لا ينفذ والاصل عندهما ان كل تصرف يؤثر فيه الهزل يؤثر فيه الحجر وما لا فلا لان السفيه في معنى الهازل من حيث ان الهازل يخرج كلامه لا على نهج كلام العقلاء لاتباع الهوى ومكابرة العقل لا لنقصان في عقله فكذلك السفيه والعتق مما لا يؤثر فيه الهزل فيصح منه والاصل عنده ان الحجر بسبب السفه بمنزلة الحجر بسبب الرق حتى لا ينفذ بعده شئ من تصرفاته الا الطلاق كالمرقوق والاعتاق لا يصح من الرقيق فكذلك من السفيه (و) اذا صح عندهما (كان على العبد أن يسعى في قيمته) لان الحجر لمعنى النظر وذلك في رد العتق الا انه متعذر فيجب رده برد القيمة كما في الحجر على المريض وعن محمد رحمه الله انه لا تجب السعاية لانها لو وجبت انما تجب حقا لمعتقه والسعاية ما عهد وجوبها في الشرع الا لحق غير المعتق (ولو دبر عبده جاز) لانه يوجب حق العتق فيعتبر بحقيقته الا انه لا تجب السعاية ما دام المولى حيا لانه باق على ملكه واذا مات ولم يؤنس منه الرشد سعى في قيمته مدبرا لانه عتق بموته وهو مدبر فصار كما اذا أعتقه بعد التدبير (ولو جاءت جاريته بولد فادعاه يثبت نسبه منه وكان الولد حرا والجارية أم ولد له) لانه محتاج الى ذلك لابقاء نسله فالحق بالمصلح في حقه (وان لم يكن معها ولد وقال هذه أم ولدي كانت بمنزلة أم الولد لا يقدر على بيعها وان مات سعت في جميع قيمتها) لانه كالاقرار بالحرية اذ ليس لها شهادة الولد بخلاف الفصل الاول لان الولد شاهد لها ونظيره المريض اذا ادعى ولد جاريته فهو على هذا التفصيل قال (وان تزوج امرأة جاز نكاحها) لانه لا يؤثر فيه الهزل ولانه من حوائجه الاصلية (وان سمى لها مهرا جاز منه مقدار مهر مثلها) لانه من ضرورات النكاح (وبطل الفضل) لانه لا ضرورة فيه وهذا التزام بالتسمية ولا نظر له فيه فلم تصح الزيادة فصار كالمريض مرض الموت (ولو طلقها قبل الدخول بها وجب لها النصف في ماله) لان التسمية صحيحة الى مقدار مهر المثل (وكذا اذا تزوج بأربع نسوة أو كل يوم واحدة) لما بينا قال (وتخرج الزكاة من مال السفيه) لانها واجبة عليه (وينفق على أولاده وزوجته ومن تجب

نفقته عليه من ذوى ارحامه) لان احياء ولده وزوجته من حوائجه والانفاق على ذى الرحم واجب عليه لقرابته والسفه لا يبطل حقوق الناس الا ان القاضى يدفع قدر الزكاة اليه ليصرفها الى مصرفه لانه لا بد من نيته لكونها عبادة لكن يبعث أمينا معه كيلا يصرفه فى غير وجهه وفى النفقة يدفع الى أمينه ليصرفه لانها ليست بعبادة فلا يحتاج الى نيته وهذا بخلاف أما اذا حلف أو نذر او ظاهر حيث لا يلزمه المال بل يكفر يمينه وظهاره بالصوم لانه مما يجب بفعله فلو فتحنا هذا الباب يبذر أمواله بهذا الطريق ولا كذلك ما يجب ابتداء بغير فعله قال (فان راد حجة الاسلام لم يمنع منها) لانها واجبة عليه بايجاب الله تعالى من غير صنعه (ولا يسلم القاضى النفقة اليه ويسلمها الى ثقة من الحاج ينفقها عليه فى طريق الحج) كيلا يتلفها فى غير هذا الوجه (ولو أراد عمرة واحدة لم يمنع منها) استحسانا لاختلاف العلماء فى وجوبها بخلاف ما زاد على مرة واحدة من الحج (ولا يمنع من القران) لانه لا يمنع من افراد السفر لكل واحد منهما فلا يمنع من الجمع بينهما (ولا يمنع من أن يسوق بدنة) تحرزا عن موضع الخلاف اذ عند عبد الله بن عمر رضى الله عنه لا يجزئه غيرها وهى جزور أو بقرة (فان مرض وأوصى بوصايا فى القرب وأبواب الخير جاز ذلك فى ثلثه) لان نظره فيه اذ هى حالة انقطاعه عن أمواله والوصية تخلف ثناء أو ثوابا وقد ذكرنا من التفريعات أكثر من هذا فى كفاية المنتهى قال (ولا يحجر على الفاسق اذا كان مصلحا لماله عندنا والفسق الاصلى والطارئ سواء) وقال الشافعى رحمه الله يحجر عليه زجرا له وعقوبة عليه كما فى السفيه ولهذا لم يجعل أهلا للولاية والشهادة عنده ولنا قوله تعالى فان آنستم منهم رشدا فادفعوا اليهم أموالهم الآية وقد أونس منه نوع رشد فيتناوله النكرة المطلقة ولان الفاسق من أهل الولاية عندنا لاسلامه فيكون واليا للتصرف وقد قررناه فيما تقدم ويحجر القاضى عندهما أيضا وهو قول الشافعى رحمه الله بسبب الغفلة وهو أن يغبن فى التجارات ولا يصبر عنها لسلامة قلبه لما فى الحجر من النظر له

(فصل فى حد البلوغ) قال (بلوغ الغلام بالاحتلام والاحبال والانزال اذا وطئ فان لم يوجد ذلك فحتى يتم له ثمانى عشرة سنة عند أبى حنيفة رحمه الله وبلوغ الجارية بالحيض والاحتلام والحبل فان لم يوجد ذلك فحتى يتم لها سبع عشرة سنة وهذا عند أبى حنيفة وقالا اذا تم للغلام والجارية خمس عشرة سنة فقد بلغا) وهو رواية عن أبى حنيفة رحمه الله وهو قول الشافعى رحمه الله وعنه فى الغلام تسع عشرة سنة وقيل المراد أن يطعن فى التاسع عشرة سنة ويتم له ثمانى عشرة سنة فلا اختلاف وقيل فيه اختلاف الرواية لانه ذكر فى بعض النسخ حتى يستكمل تسع عشرة سنة أما العلامة فلان البلوغ بالانزال حقيقة والحبل والاحبال لا يكون

الا مع الانزال وكذا الحيض في أوان الحبل فجعل كل ذلك علامة البلوغ وأدنى المدة لذلك في حق الغلام اثنتا عشرة سنة وفي حق الجارية تسع سنين وأما السن فلهم العادة الفاشية في أن البلوغ لا يتأخر فيهما عن هذه المدة وله قوله تعالى حتى يبلغ أشده وأشد الصبي ثماني عشرة سنة هكذا قاله ابن عباس وتابعه القتبي وهذا أقل ما قيل فيه فيبنى الحكم عليه للتيقن به غير ان الاناث نشوءهن وادراكهن أسرع فنقصنا في حقهن سنة لاشتمالها على الفصول الاربعة التي يوافق واحد منها المزاج لا محالة قال (واذا راهق الغلام أو الجارية الحلم وأشكل أمره في البلوغ فقال قد بلغت فالقول قوله وأحكامه أحكام البالغين) لانه معنى لا يعرف الا من جهتهما ظاهرا فاذا أخبرا به ولم يكذبهما الظاهر قبل قولهما فيه كما يقبل قول المرأة في الحيض

(باب الحجر بسبب الدين)

(قال أبو حنيفة رحمه الله لا أحجر في الدين واذا وجبت ديون على رجل وطلب غرماؤه حبسه والحجر عليه لم أحجر عليه) لان في الحجر اهدار أهليته فلا يجوز لدفع ضرر خاص (فان كان له مال لم يتصرف فيه الحاكم) لانه نوع حجر ولانه تجارة لا عن تراض فيكون باطلا بالنص (ولكن يحبسه أبدا حتى يبيعه في دينه) ايفاء لحق الغرماء ودفعا لظلمه (وقالا اذا طلب غرماء المفلس الحجر عليه حجر القاضي عليه ومنعه من البيع والتصرف والاقرار حتى لا يضر بالغرماء) لان الحجر على السفيه انما جوزاه نظرا له وفي هذا الحجر نظر للغرماء لانه عساه يلجئ ماله فيفوت حقهم ومعنى قولهما ومنعه من البيع ان يكون باقل من ثمن المثل اما البيع بثمن المثل لا يبطل حق الغرماء والمنع لحقهم فلا يمنع منه قال (وباع ماله ان امتنع المفلس من بيعه وقسمه بين غرمائه بالحصص عندهما) لان البيع مستحق عليه لايفاء دينه حتى يحبس لاجله فاذا امتنع ناب القاضي منابه كما في الجب والعنة قلنا التلجئة موهومة والمستحق قضاء الدين والبيع ليس بطريق متعين لذلك بخلاف الجب والعنة والحبس لقضاء الدين بما يختاره من الطريق كيف ولو صح البيع كان الحبس اضرارا بهما بتأخير حق الدائن وتعذيب المديون فلا يكون مشروعا قال (وان كان دينه دراهم وله دراهم قضى القاضي بغير أمره) وهذا بالاجماع لان للدائن حق الاخذ من غير رضاه فللقاضي ان يعينه (وان كان دينه دراهم وله دنانير أو على ضد ذلك باعها القاضي في دينه) وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله استحسان والقياس ان لا يبيعه كما في العروض ولهذا لم يكن لصاحب الدين أن يأخذه جبرا ووجه الاستحسان انهما متحدان في الثمنية والمالية مختلفان في الصورة فبالنظر

الى

الى الاتحاد يثبت للقاضى ولاية التصرف وبالنظر الى الاختلاف يسلب عن الدائن ولاية الاخذ عملا بالشبهين بخلاف العروض لان الغرض يتعلق بصورها واعيانها اما النقود فوسائل فافترقا (ويباع فى الدين النقود ثم العروض ثم العقار يبدأ بالايسر فالايسر) لما فيه من المسارعة الى قضاء الدين مع مراعاة جانب المديون (و يترك عليه دست من ثياب بدنه و يباع الباقى لان به كفاية وقيل دستان لانه اذا غسل ثيابه لا بد له من ملبس قال (فان أقر فى حال الحجر باقرار لزمه ذلك بعد قضاء الديون) لانه تعلق بهذا المال حق الاولين فلا يتمكن من ابطال حقهم بالاقرار لغيرهم بخلاف الاستهلاك لانه مشاهد لا مرد له (ولو استفاد مالا آخر بعد الحجر نفذ اقراره فيه) لان حقهم لم يتعلق به لعدمه وقت الحجر قال (وينفق على المفلس من ماله وعلى زوجته وولده الصغار وذوى ارحامه ممن يجب نفقته عليه) لان حاجته الاصلية مقدمة على حق الغرماء ولانه حق ثابت لغيره فلا يبطله الحجر ولهذا لو تزوج امرأة كانت فى مقدار مهر مثلها أسوة للغرماء قال (فان لم يعرف للمفلس مال وطلب غرماؤه وهو يقول لا مال لى حبسه الحاكم فى كل دين التزمه بعقد كالمهر والكفالة) وقد ذكرنا هذا الفصل بوجوهه فى كتاب أدب القاضى من هذا الكتاب فلا نعيدها الى ان قال وكذلك ان أقام البينة انه لا مال له يعنى خلى سبيله لوجوب النظرة الى الميسرة ولو مرض فى الحبس يبقى فيه ان كان له خادم يقوم بمعالجته وان لم يكن أخرجه تحرزا عن هلاكه والمحترف فيه لا يمكن من الاشتغال بعمله هو الصحيح ليضجر قلبه فينبعث على قضاء دينه بخلاف ما اذا كانت له جارية وفيه موضع يمكنه فيه وطؤها لا يمنع عنه لانه قضاء احدى الشهوتين فيعتبر بقضاء الاخرى قال (ولا يحول بينه و بين غرمائه بعد خروجه من الحبس بل يلازمونه ولا يمنعونه من التصرف والسفر) لقوله عليه السلام لصاحب الحق يد ولسان أراد باليد الملازمة وباللسان التقاضى قال (ويأخذون فضل كسبه يقسم بينهم بالحصص) لاستواء حقوقهم فى القوة (وقالا اذا فلسه الحاكم حال بين الغرماء وبينه الا أن يقيموا البينة أن له مالا) لان القضاء بالافلاس عندهما يصح فتثبت العسرة ويستحق النظرة الى الميسرة وعند أبى حنيفة رحمه الله لا يتحقق القضاء بالافلاس لان مال الله تعالى غادو رائح ولان وقوف الشهود على عدم المال لا يتحقق الا ظاهرا فيصلح للدفع لا لابطال حق الملازمة وقوله الا أن يقيموا البينة اشارة الى ان بينة اليسار تترجح على بينة الاعسار لانها أكثر اثباتا اذ الاصل هو العسرة وقوله فى الملازمة لا يمنعونه من التصرف والسفر دليل على أنه يدور معه اينما دار ولا يجلسه فى موضع لانه حبس فيه (ولو دخل فى داره لحاجته لا يتبعه بل يجلس على باب داره الى أن يخرج) [illegible]

المطلوب الحبس والطالب الملازمة فالخيار الى الطالب لانه أبلغ فى حصول المقصود لاختياره الاضيق عليه الا اذا علم القاضى أن يدخل عليه بالملازمة ضرر بين بان لا يمكنه من دخوله داره فحينئذ يحبسه دفعا للضرر عنه (ولو كان الدين للرجل على المرأة لا يلازمها) لما فيها من الخلوة بالاجنبية ولكن يبعث امرأة أمينة تلازمها قال (ومن أفلس وعنده متاع لرجل بعينه ابتاعه منه فصاحب المتاع أسوة للغرماء فيه) وقال الشافعى رحمه الله يحجر القاضى على المشترى بطلبه ثم للبائع خيار الفسخ لانه عجز المشترى عن ايفاء الثمن فيوجب ذلك حق الفسخ كعجز البائع عن تسليم المبيع وهذا لانه عقد معاوضة ومن قضيته المساواة وصار كالسلم ولنا أن الافلاس يوجب العجز عن تسليم العين وهو غير مستحق بالعقد فلا يثبت حق الفسخ باعتباره وانما المستحق وصف فى الذمة أعنى الدين وبقبض العين تتحقق بينهما مبادلة هذا هو الحقيقة فيجب اعتبارها الا فى موضع التعذر كالسلم لان الاستبدال ممتنع فاعطى للعين حكم الدين والله سبحانه وتعالى أعلم

(تم الجزء الثالث ويليه الجزء الرابع وأوله كتاب المأذون)

﴿فهرست الجزء الثالث من كتاب الهداية﴾

صحيفه	
٢	﴿كتاب الشركة﴾
٤	فصل ولا تنعقد الشركة الخ
٩	فصل فى الشركة الفاسدة
٩	فصل وليس لاحد الشريكين أن يؤدى زكاة مال الآخر الا باذنه
١٠	(كتاب الوقف)
١٥	فصل واذا بنى مسجدا الخ
١٧	(كتاب البيوع)
٢٠	فصل ومن باع دارا الخ
٢٢	باب خيار الشرط
٢٦	باب خيار الرؤية
٢٩	باب خيار العيب
٣٤	باب البيع الفاسد
٤١	فصل فى أحكامه الخ
٤٣	فصل فيما يكره
٤٤	باب الاقالة
٤٥	باب المرابحة والتولية
٤٧	فصل ومن اشترى شيأ مما ينقل ويحول الخ
٤٩	باب الربا
٥٣	باب الحقوق
٥٤	باب الاستحقاق
٥٥	فصل فى بيع الفضولى
٥٧	باب السلم
٦٣	مسائل منثورة

صحيفه	
٦٥	(كتاب الصرف)
٧٠	(كتاب الكفالة)
٧٧	فصل فى الضمان الخ
٧٨	باب كفالة الرجلين
٧٩	باب كفالة العبد وعنه
٨٠	(كتاب الحوالة)
٨١	(كتاب أدب القاضى)
٨٣	فصل فى الحبس الخ
٨٤	(باب كتاب القاضى الى القاضى)
٨٦	فصل آخر
٨٧	باب التحكيم
٨٧	مسائل شتى من كتاب القضاء
٨٩	فصل فى القضاء بالمواريث
٩٢	فصل آخر
٩٣	كتاب الشهادات
٩٦	فصل وما يتحمله الشاهد على ضربين
٩٨	باب من تقبل شهادته ومن لا تقبل
١٠١	باب الاختلاف فى الشهادة
١٠٣	فصل فى الشهادة على الارث
١٠٤	باب الشهادة على الشهادة
١٠٦	فصل فى حكم شاهد الزور
١٠٦	(كتاب الرجوع عن الشهادة)
١٠٩	(كتاب الوكالة)
١١١	باب الوكالة بالبيع والشراء
١١٦	فصل فى التوكيل بشراء النفس الخ

صحيفة

١١٧ فصل فى البيع الخ
١١٩ فصل واذا وكل وكيلين الخ
١٢٠ باب الوكالة بالخصومة والقبض
١٢٣ باب عزل الوكيل
١٢٤ (كتاب الدعوى)
١٢٦ باب اليمين
١٢٨ فصل فى كيفية اليمين والاستحلاف
١٣٠ باب التحالف
١٣٤ فصل فيمن لا يكون خصما
١٣٥ باب مايدعيه الرجلان
١٤٠ فصل فى التنازع بالايدى
١٤١ باب دعوى النسب
١٤٥ (كتاب الاقرار)
١٤٨ فصل ومن قال لحمل فلانة على ألف درهم الخ
١٤٨ باب الاستثناء ومافى معناه
١٥٣ باب اقرار المريض
١٥٣ فصل ومن أقر بغلام يولد مثله لمثله
١٥٤ (كتاب الصلح)
١٥٦ فصل والصلح جائز عن دعوى الاموال الخ
١٥٨ باب التبرع بالصلح والتوكيل به
١٥٩ باب الصلح فى الدين
١٦٠ فصل فى الدين المشترك
١٦١ فصل فى التخارج
١٦٢ (كتاب المضاربة)

صحيفة

١٦٦ باب المضارب يضارب
١٦٧ فصل واذا شرط المضارب لرب المال ثلث الربح الخ
١٦٨ فصل فى العزل والقسمة
١٦٩ فصل فيما يفعله المضارب
١٧١ فصل آخر
١٧٢ فصل فى الاختلاف
١٧٣ (كتاب الوديعة)
١٧٧ (كتاب العارية)
١٨٠ (كتاب الهبة)
١٨٣ (باب الرجوع فى الهبة)
١٨٥ فصل ومن وهب جارية الا حملها الخ
١٨٦ فصل فى الصدقة الخ
١٨٦ (كتاب الاجارات)
١٨٧ باب الاجر متى يستحق
١٨٩ فصل ومن استأجر رجلا ليذهب الى البصرة الخ
١٨٩ باب مايجوز من الاجارة ومايكون خلافا فيها الخ
١٩٣ باب الاجارة الفاسدة
١٩٧ باب ضمان الاجير
١٩٨ باب الاجارة على أحد الشرطين
١٩٩ باب اجارة العبد
٢٠٠ باب الاختلاف فى الاجارة
٢٠١ باب فسخ الاجارة
٢٠٣ مسائل منثورة

صحيفه

٢٠٣ (كتاب المكاتب)

٢٠٥ فصل فى الكتابة الفاسدة

٢٠٧ باب ما يجوز للمكاتب ان يفعله

٢٠٨ فصل واذا اشترى المكاتب أباه أو ابناه الخ

٢١٠ فصل واذا ولدت المكاتبة من المولى الخ

٢١٢ باب من يكاتب عن العبد

٢١٣ باب كتابة العبد المشترك

٢١٥ باب موت المكاتب وعجزه وموت المولى

صحيفه

٢١٨ (كتاب الولاء)

٢٢١ فصل فى ولاء الموالاة الخ

٢٢٣ (كتاب الاكراه)

٢٢٣ فصل وان أكره على أن يأكل الميتة أو يشرب خمرا الخ

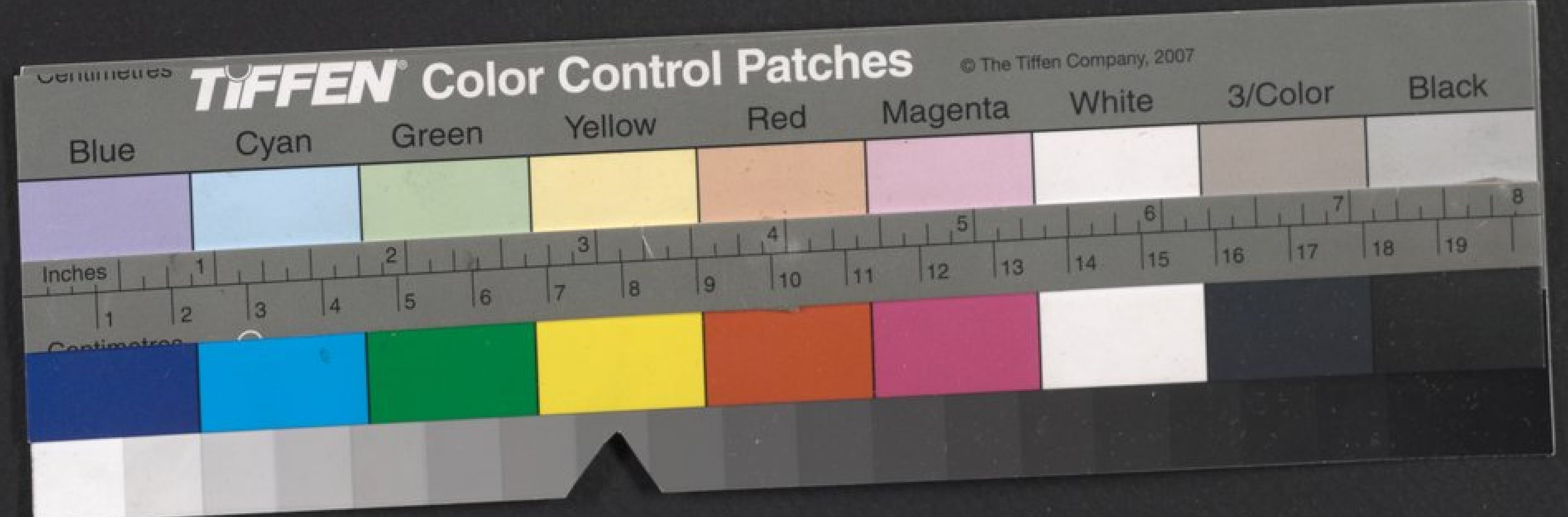
٢٢٦ (كتاب الحجر)

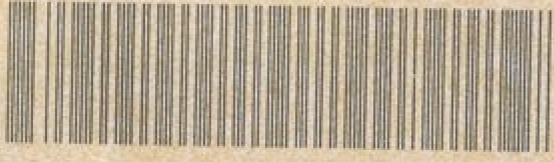
٢٢٧ باب الحجر للفساد

٢٢٩ فصل فى حد البلوغ الخ

٢٣٠ باب الحجر بسبب الدين

(تمت)


TIFFEN Color Control Patches
© The Tiffen Company, 2007
Blue
Cyan
Green
Yellow
Red
Magenta
White
3/Color
Black
Inches
Centimetres


10000121350

